CHAPITRE 9

LA SÉCURITÉ NATIONALE FACE AUX DROITS DES CITOYENS

En ce qui concerne la France, ce n'est qu'il y a une vingtaine d'années que le développement de nouveaux droits reconnus aux citoyens en tant qu'administrés, a obligé l'État à élaborer des règles dérogatoires spécifiques qui précisent et limitent l'usage du secret pour des raisons de sécurité nationale.

C'est, en effet, à partir de 1973 que le législateur a pris en compte les aspirations nouvelles des citoyens dans deux directions : l'amélioration de la protection du citoyen contre les possibles abus de l'administration et l'amélioration de l'information du citoyen dans son dialogue avec l'administration.

Ces deux types de normes n'entretiennent cependant pas la même dialectique avec le concept de secret de défense :

– face aux lois protégeant le citoyen, le problème essentiel est le maintien de la confidentialité à l'occasion de la mise en œuvre des procédures prévues par ces textes, et – plus rarement – la protection directe du citoyen contre le secret lui-même;

– face aux lois informant le citoyen, le secret est plus directement mis en cause et ne peut subsister qu'au bénéfice de dérogations explicites à l'application de ces lois.

LA SÉCURITÉ NATIONALE FACE AUX LOIS AMÉLIORANT LA PROTECTION DU CITOYEN

Plusieurs textes adoptés depuis vingt ans ont eu pour objectif le renforcement des moyens de protection du citoyen face aux abus de pouvoir éventuels de l'Administration. Tous ces textes prévoient une exception relative à la protection du secret de défense. Cette exception a un double objectif : non seulement éviter qu'à l'occasion de la mise en œuvre des procédures prévues par ces lois, il ne soit indirectement porté atteinte à des secrets de défense, mais aussi, subsidiairement, empêcher que l'usage du secret puisse être directement considéré comme violant les dispositions de ces différents textes.

Comme lors de l'institution du Médiateur de la République, par la loi du 3 janvier 1973 (complétée par la loi du 24 décembre 1976) qui ne lui permet pas d'accéder au secret de la défense nationale [1], la plupart des législations protégeant le citoyen contre l'arbitraire administratif font des nécessités de la sécurité nationale et du secret de défense une exception aux règles de droit commun.

La protection des données nominatives par la loi Informatique et Libertés

La loi du 6 janvier 1978 dite « loi Informatique et Libertés » [2] a institué en France un dispositif législatif original comportant, d'une part, des contraintes et des limitations en ce qui concerne la constitution de fichiers contenant des données nominatives et, d'autre part, des dispositions instituant une structure permanente de contrôle, la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL).

L'application de ce texte peut interférer avec les règles protégeant le secret de défense, dans la mesure où, d'un côté, il instaure indirectement une sorte de quasi-secret des données nominatives [3] (ce qui pose le problème de la synergie ou de la compatibilité entre les deux niveaux de protection) et où, de l'autre côté, il instaure des procédures d'investigation ouvertes au plus grand nombre (ce qui pourrait compromettre la confidentialité du contenu de certains fichiers couverts par le secret de défense).

Trois types de dérogations visent à permettre la compatibilité entre cette loi de 1978 et les activités de sécurité couvertes par le secret de défense : les unes sont relatives à la création des traitements intéressant des sujets couverts par le secret de défense; les secondes concernent l'exercice du droit d'accès des citoyens à ces traitements; enfin, les dernières sont relatives aux dérogations prévues en matière de « données sensibles » pour certains traitements intéressant la défense et la sécurité publique.

La confidentialité des décisions de création de certains traitements

L'un des aspects essentiels de la loi Informatique et Libertés est le contrôle exercé sur la création des *« traitements automatisés de données*

---

[1] Si l'article 13 de la loi de 1973 précise que le Médiateur peut demander à l'Administration et au Gouvernement *« tout document ou dossier concernant l'affaire à propos de laquelle il fait son enquête »*, il signale également que *« le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande communication ne peut lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, de sûreté de l'état ou de politique extérieure »* (Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, *JORF*, 4 janvier 1973, complétée par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, *JORF*, 28 décembre 1976).

[2] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JORF* du 7 janvier 1978.

[3] Les concepteurs de la loi du 6 janvier 1978 ont débattu longtemps du fait de savoir s'il fallait créer véritablement un *« secret des fichiers »*, pour reprendre le titre de l'enquête menée par l'Institut Français des Sciences Administratives en 1976 (Françoise Gallouedec-Genuys & Herbert Maisl, *Le secret des fichiers*, IFSA/Éditions Cujas, cahier n° 13, 1976). Finalement, la création législative directe d'un tel secret a été rejeté, le législateur ayant décidé plutôt de maintenir le principe de la liberté de constitution et d'utilisation des fichiers, mais en encadrant cette liberté de certaines exigences dont la CNIL est le garant. C'est dans ce sens qu'on ne peut parler ici que d'une forme indirecte de secret.

nominatives » (c'est-à-dire des applications et des fichiers informatiques traitant des données permettant d'identifier un individu). Ce contrôle s'effectue sous trois modalités : par voie d'avis préalable de la CNIL pour les traitements des personnes publiques ou des personnes privées gérant un service public (art. 15)[4], une procédure déclarative auprès de la même Commission pour les traitements créées par les autres personnes (art. 16) et une procédure simplifiée applicables à toutes les personnes, dès lors qu'il s'agit d'une des catégories les plus courantes de traitement (art. 17).

Ce type de procédures préalables s'accompagnant toujours d'une certaine publicité (qui va – dans le cas des traitements du secteur public – jusqu'à la publication de l'acte réglementaire créant le traitement), le législateur a été sensible aux risques de compromission d'un secret de défense qui pourrait en résulter. S'agissant, en effet, d'un traitement informatisé concernant des sujets couverts par le secret de défense, il peut se faire que soit l'existence même du traitement constitue un secret, soit que les indications à fournir sur son contenu puisse faciliter l'accès de tiers non autorisés à des données secrètes contenues dans ce traitement.

Pour pallier ces deux risques complémentaires, la loi du 6 janvier 1978 a prévu deux dispositions dérogatoires. La première d'entre elles figure à son article 19, qui détaille les catégories d'information devant figurer dans la demande d'avis ou la déclaration, et qui dispose dans son dernier alinéa que

> *« Peuvent ne pas comporter certaines des mentions énumérées ci-dessus les demandes d'avis relatives aux traitements automatisés d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique. »*

Un décret du 28 décembre 1979[5] a fixé la liste des mentions devant, en tout état de cause être présentes dans les demandes d'avis relatives à ces traitements. Par comparaison avec la liste de l'article 19, on peut en conclure que peuvent être omises au titre de la protection du secret :

– les *« caractéristiques »* du traitement (mais non sa *« finalité »*);

– *« les informations nominatives traitées »*;

– *« les dispositions prises pour assurer la sécurité des traitements et des informations et la garantie des secrets définis par la loi »* (catégorie qui comprend, notamment, les secrets de défense);

– et l'indication éventuelle du caractère transfrontalier du transfert.

On comprend évidemment la confidentialité particulière qui peut s'attacher à de telles informations, dont la connaissance pourrait permettre une identification facile de certaines informations secrètes ou une indication sur la meilleure méthode pour y accéder en déjouant les dispositifs

---

[4] Cette exigence d'un avis de la CNIL préalable à toute décision de création d'un traitement dans le secteur public, conjuguée au fait qu'il ne peut être passé outre à un avis défavorable que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État, institue – en réalité – une véritable procédure d'autorisation préalable des fichiers publics par la CNIL. Elle va cesser d'exister dès lors que sera définitivement transposée en droit français la directive communautaire sur la protection des données personnelles.

[5] Décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979 fixant les conditions d'application aux traitements d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JORF* du 31 décembre 1979, p. 3331.

de protection mis en place. Cette disposition – dont la légitimité paraît donc claire – appelle cependant quelques remarques :

– concernant le type de traitement concerné, les trois domaines signalés (sûreté de l'État, défense, sécurité publique) couvrent assez largement le spectre des domaines traditionnellement concernés par l'usage du secret de défense et va même au-delà en matière de sécurité publique;

– en revanche concernant les personnes pouvant bénéficier de cette exemption partielle, il faut relever qu'elle n'est prévue qu'au profit des seules demandes d'avis, c'est-à-dire qu'elle ne concerne que les seules personnes publiques ou gérantes d'un service public. Or, même si c'est parmi ces personnes que l'on trouve le plus grand nombre de structures gérant des secrets de défense, nous avons vu que la protection de ceux-ci s'étendait de plus en plus hors des frontières du secteur public, notamment par le biais des marchés classés de défense. L'application pointilleuse de ce texte aurait donc pour conséquence d'obliger d'éventuelles entreprises privées titulaires de marchés classés à fournir plus d'informations sur leurs traitements de données classifiées que celles qui seraient exigibles d'un établissement public ou d'un service de l'État;

– d'un point de vue pratique, il semble cependant, d'après la CNIL, que le Gouvernement n'a jamais utilisé les facilités offertes par l'article 19 et que *« la Commission a pu avoir connaissance des demandes d'avis complètes »* [6].

La seconde disposition dérogatoire prévue par la loi du 6 janvier 1978 pour préserver la confidentialité des traitements en rapport avec le secret de défense, est mentionnée dans le dernier alinéa de l'article 20 qui dispose que *« des décrets en Conseil d'État peuvent disposer que les actes réglementaires relatifs à certains traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique ne seront pas publiés »*.

Cette disposition ne s'applique, là encore, qu'aux traitements du secteur public (qui sont les seuls dont la création est normalement publiée officiellement). En donnant ainsi à l'autorité réglementaire la possibilité de déroger à l'obligation de publication, qui conditionne la légalité ou l'opposabilité des actes administratifs réglementaires [7], la loi ne fait – en réalité – qu'appliquer dans le domaine des données nominatives la pratique traditionnelle déjà évoquée que l'on rencontre fréquemment dans les domaines concernés par les activités de sécurité et de contre-espionnage (par exemple, la non-publication des instructions sur la protection du secret, non-publication des actes administratifs relatifs au statut des personnels de la DGSE, cf. supra, chapitre 4).

Cela a été complété par le décret du 28 décembre 1979 déjà cité qui prévoit dans son article 2 que le traitement dont la création n'est pas publiée, n'est pas mentionné sur la liste tenue à jour par la CNIL

---

[6] Commission nationale Informatique et libertés, *Dix ans d'Informatique et Libertés*, Economica, 1988, p. 142.

[7] Selon Pierre Delvolvé, il faut distinguer les effets de la publication d'un acte administratif suivant qu'elle se situe avant (c'est le cas, par exemple, de la publicité des enquêtes d'utilité publique) ou après son adoption : *« La publicité antérieure à l'adoption de l'acte est un élément essentiel de la procédure d'adoption de celui-ci et son insuffisance est de nature à affecter la légalité même de l'acte adopté. La publicité postérieure à l'acte adopté est seulement une opération destinée à informer les administrés de l'adoption et du contenu de l'acte : son insuffisance est de nature,*

des traitements autorisés et que les avis et recommandations de la Commission à son sujet ne sont pas rendus publics. Ainsi est assurée au niveau de la CNIL la confidentialité totale de tous les actes relatifs à la création du traitement concerné, de telle manière qu'à l'occasion de l'accomplissement de la procédure devant la CNIL aucune personne non autorisée ne puisse avoir connaissance de son existence ou de son contenu.

Mettant en application cette dérogation de l'article 20, le Gouvernement a adopté – tardivement – le 7 mars 1986 un décret en Conseil d'État dispensant de publication, différents textes réglementaires relatifs à des traitements [8]. Les traitements ainsi régularisés, après huit ans d'application de la loi, concernaient le fichier nominatif de la DPSD ainsi que les fichiers de la DST, de la DGSE et de la DPSD que trois décrets avaient autorisés à déroger aux interdictions posées par la loi en matière de collecte des données sensibles [9]. Ce décret a été complété en juillet 1994 par deux autres décrets [10]. Le décret n° 94-619 du 18 juillet 1994 a ajouté à la liste de 1986, les deux arrêtés autorisant le fichier nominatif de la DGSE et son fichier du personnel. Quant au décret n° 94-620 du même jour il y a ajouté l'arrêté autorisant le fichier nominatif de la Direction du renseignement militaire (DRM) relatif aux personnes étrangères, ainsi que le décret permettant également à celui-ci de déroger aux obligations en matière de données sensibles (sur ces dérogations, cf. infra).

Si la légitimité de telles dérogations à la publication concernant des fichiers touchant aux activités de renseignement n'est pas contestable, on peut cependant relever dans la succession de ces décrets de 1986 et de 1994 une incohérence juridique préoccupante. Ainsi, il apparaît que l'existence de l'arrêté autorisant la DGSE à mettre en œuvre un fichier nominatif n'a été régularisée qu'en 1994 alors que cette même DGSE bénéficiait depuis 1986 de dérogations relatives au contenu de ce fichier. Si l'on exclut l'hypothèse d'un oubli administratif (qui aurait certainement été réparé dans un délai plus court) on est conduit à penser que la DGSE a bénéficié pour ses fichiers de facilités importantes avant même que l'existence légale de ceux-ci n'ait été officiellement établie, ce qui constitue une curieuse atteinte à la logique juridique, qui voudrait que seul un traitement préalablement autorisé dans les conditions prévues par la loi (même lorsqu'il bénéficie, le cas échéant, des facilités de non-publication prévues par celle-ci) puisse faire l'objet dans un second temps de dérogations quant à son contenu.

---

non pas à affecter la légalité de l'acte, mais son opposabilité » (Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 192).

[8] Décret n° 86-326 du 7 mars 1986 portant application à certains actes réglementaires relatif à des traitements d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique des dispositions du deuxième alinéa de l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JORF*, 8 mars 1986, p. 3605.

[9] Sur l'interdiction de la collecte des données sensibles et les dérogations qui peuvent y être apportées, cf. infra. Si le décret de 1986 – régularisant la situation juridique de fichiers qui existaient jusqu'alors sans avoir été ni officiellement créés par un acte réglementaire publié, ni officiellement dispensés de ladite publication – n'a paru qu'à cette date tardive, c'est pour une grande part en raison des difficultés qui sont intervenues concernant les dérogations à leur accorder – au titre de l'article 31 – en ce qui concerne la collecte des données sensibles (cf. CNIL, *op. cit.*, p. 144).

[10] Décret n° 94-619 du 18 juillet 1994, *JORF*, 23 juillet 1994, p. 10615; Décret n° 94-620 du 18 juillet 1994 *JORF*, 23 juillet 1994, p. 10616.

Le droit d'accès indirect des personnes fichées

L'autre aspect de la loi de 1978 pouvant mettre indirectement en cause la confidentialité d'informations relevant des activités de contre-espionnage, est l'exercice du droit d'accès reconnu, par les articles 34 à 40, à toute personne fichée. Pour éviter que, par ce biais, un citoyen puisse accéder indirectement à la connaissance d'informations classifiées, la loi a prévu une procédure dérogatoire dans son article 39 :

> *« En ce qui concerne les traitements intéressants la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique, la demande est adressée à la commission qui désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Celui-ci peut se faire assister d'un agent de la commission. Il est notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications. »*

Cet article crée ainsi une procédure particulière, dite d'accès indirect, propre aux traitements qui sont reconnus comme *« intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique »*. Et cette procédure possède plusieurs particularités qui méritent de retenir l'attention. Outre qu'elle donne notamment aux agents de la CNIL un droit de contrôle sur les fichiers des services de sécurité (cf. infra, chapitre 11), cette procédure de l'accès indirect soulève un problème particulier dans les relations entre la CNIL et les citoyens. En effet, lorsqu'un citoyen saisit la CNIL au titre de l'article 39, la Commission, une fois la démarche effectuée auprès de l'organisme « maître du fichier », se contente de confirmer au requérant que les vérifications ont été effectuées sans plus de détails. Il s'agit d'un cas très particulier, d'un double point de vue :

– en ce qui concerne le droit des données nominatives, il y a là véritablement une dérogation très forte aux principes généraux de la loi, puisqu'une personne ne peut prendre connaissance d'informations la concernant. Nous nous trouvons, en effet, dans la situation rare, et assez paradoxale, dans laquelle le secret de défense opposé à une personne porte sur des informations relatives à elle-même. Il faut donc y voir la volonté du législateur d'imposer la primauté du secret de défense sur les différents aspects du droit à la vie privée;

– d'un point de vue plus général, le laconisme extrême où la CNIL se trouve cantonnée lorsqu'elle rend compte d'un accès indirect n'est pas perçu comme très satisfaisant par le citoyen concerné. Cette insatisfaction des requérants avait été, dès les premières années, relevée et signalée publiquement par la CNIL [11].

Ce problème de l'acceptabilité par le public a été également évoqué par une autre autorité administrative indépendante que la loi soumet à la même obligation de discrétion, à savoir la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (cf. infra). Dans son second rapport, la CNCIS écrit :

> *« Les requérants qui demandent à la Commission de procéder à un contrôle, ainsi que la loi leur en a ouvert la possibilité, sont profondé-*

[11] Cf. CNIL, *2e rapport d'activité 1981*, La Documentation française, 1982, p. 47.

ment insatisfaits des termes de la notification qui leur est ensuite adressée. Si aucune recommandation précise ne peut encore être faite à ce sujet, compte tenu des dispositions formelles de la loi, il importe de rester attentif aux solutions qui sont envisagées dans d'autres pays connaissant le même problème. » [12]

Malgré cette difficulté pratique liée à la mise en œuvre de l'accès indirect, ce dispositif de l'article 39 a été considéré par le Conseil d'État comme compatible avec les dispositions de la Convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles, qui – tout en établissant le droit pour tout citoyen de connaître les traitements le concernant et d'accéder à leur contenu – prévoit expressément dans son article 9 la possibilité d'y déroger *« lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique à la protection de la sécurité de l'État, à la sécurité publique ...* » [13]

La plus grande part de ces demandes d'accès indirect étant consacrée aux fichiers gérés par les différents services des renseignements généraux (DCRG et RGPP) du ministère de l'Intérieur, le décret les concernant – finalement adopté le 14 octobre 1991 (sur les causes de cette date tardive et les péripéties ayant entouré la rédaction de ce décret, cf. infra) – a prévu, dans son article 7, une modalité particulière susceptible d'atténuer, dans certains cas, la rigueur de la procédure d'accès indirect de l'article 39 :

« Le droit d'accès s'exerce conformément aux dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978. Toutefois, lorsque des informations sont enregistrées conformément aux finalités prévues au 2° ou au 3° de l'article 3 [14], *la Commission nationale de l'informatique et des libertés, en accord avec le ministère de l'intérieur, peut constater que ces informations ne mettent pas en cause la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique et qu'il y a donc lieu de les communiquer à l'intéressé.* »

En réalité, cet article n'a fait qu'officialiser, à l'occasion de la régularisation tardive de la situation des fichiers des RG, une procédure officieuse « d'accès mixte » existant déjà pour ces types de fichiers : *« le principe général étant la reconnaissance d'un droit d'accès direct excepté*

---

[12] Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2e rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 39.

[13] Article 9.2. a) de la Convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, visé dans l'arrêt CE, 29 décembre 1997, *M. X.*, reproduit in CNIL, *18e rapport d'activité 1997*, La documentation Française, 1998, p. 387; note A. Mole, *Gaz. Pal.*, 18 avril 1999, p. 45.

[14] Le 2° de l'article 3 du décret du 14 octobre 1991 vise les informations qui *« concernent des personnes ayant obtenu ou sollicitant une autorisation d'accès à des informations protégées en application du décret du 12 mai 1981 »*. Le 3° vise, pour sa part, les informations relatives *« à des personnes physiques ou morales qui ont sollicité, exercé ou exercent un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle politique, économique, social ou religieux significatif »*. En d'autres termes, ces deux catégories contiennent des informations recueillies au cours d'enquête « de routine » sur des personnes exerçant ou souhaitant exercer des activités spécifiques. Et bien qu'on puisse y trouver – notamment en ce qui concerne les enquêtes d'habilitation – des informations sur la « vulnérabilité » éventuelle des personnes à des pressions extérieures, le décret considère que ces deux catégories sont moins sensibles dans leur ensemble que la catégorie visée au 1° de l'article 3 qui regroupe les informations relatives aux suspects de terrorisme.

pour les informations classées « confidentielles ». Dans ce dernier cas, il était fait application des dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978. » [15]

En consacrant ainsi, par voie réglementaire, une possibilité d'accès plus direct du citoyen à certaines parties des fichiers des RG, l'administration a cherché à trouver une réponse partielle à la frustration évoquée plus haut que provoque inévitablement l'application stricte de l'article 39. Mais elle a également introduit dans l'esprit de certains administrés une confusion sur les modalités de mise en œuvre de cette procédure spécifique. C'est pourquoi un arrêt du Conseil d'État *Ruwayha* de juin 1993 a été nécessaire pour clarifier le sujet [16]. Statuant sur le recours formé par un requérant, le Conseil devait juger si, en l'espèce, la CNIL n'avait pas outrepassé ses attributions en refusant à M. Ruwayha le bénéfice de la procédure d'accès direct mis en place par l'article 7 du décret de 1991. Les juges ont estimé que

> *« rapprochée des termes de la demande formulée par M. Ruwayha, la lettre du 2 juin 1992 doit être regardée comme l'informant qu'une décision de refus de communication lui était opposée; qu'à défaut dans le texte de la lettre de précisions (...), le refus de communication s'analyse, eu égard aux dispositions précitées du 5e alinéa de l'article 7 dudit décret, en une décision du ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique s'opposant à la communication au requérant des informations le concernant; qu'aucune disposition ne donne compétence au Conseil d'État pour connaître en premier et dernier ressort des conclusions tendant à l'annulation du refus ainsi opposé à l'intéressé* (renvoi au TA de Paris). »

Par là, la juridiction administrative a apporté son concours à la clarification des rapports entre cette procédure particulière prévue au troisième alinéa de l'article 7 du décret de 1991 pour les seuls fichiers des RG et la procédure dérogatoire de l'article 39 de la loi s'appliquant à tous les fichiers de défense ou de sécurité publique. En application stricte des termes de l'article 7, le Conseil a clairement voulu réaffirmer que cette possibilité d'accès direct à certaines parties d'un fichier par ailleurs soumis aux exigences de la procédure de l'accès indirect, restait à la discrétion du ministre de l'Intérieur (dont le décret mentionne dans le cinquième alinéa son droit à *« s'opposer à la communication au requérant »*) et que la notification ultérieure de la CNIL au requérant ne faisait que prendre acte de cette décision discrétionnaire sur laquelle elle n'avait aucune capacité d'influence.

Cette nouvelle procédure spécifique aux RG va donc moins loin que l'interprétation de l'article 39 que la CNIL avait essayé d'imposer, par sa délibération du 1er avril 1980 et qui lui permettait librement de distinguer au sein d'un même fichier entre une partie « ouverte » faisant

---

[15] CNIL, *9e rapport d'activité 1988*, La Documentation française, 1989, p. 20.
[16] CE, 23 juin 1993, *Ruwayha*, *AJDA*, 20 février 1994, note Jean Frayssinet.

l'objet d'un accès direct et une partie « fermée » qui ferait l'objet de la procédure d'accès indirect en raison de la présence d'informations protégées [17].

Les dérogations à l'interdiction de la collecte des données sensibles

Le dernier problème que nous évoquons ici n'est pas directement lié au secret de défense et à sa protection mais concerne pourtant la pratique des services de sécurité et leur usage des fichiers informatiques.

Il s'agit des dérogations qui peuvent être accordées pour certains traitements aux interdictions très strictes qu'impose l'article 31 de la loi de 1978 en ce qui concerne la collecte des données « sensibles » [18]. La loi permet, en effet, que le Gouvernement y déroge, en matière de défense, de sûreté de l'État ou de sécurité publique, par la voie de décrets en Conseil d'État pris sur avis conforme de la CNIL. La CNIL possède ainsi, en la matière, un *« grand pouvoir, l'avis conforme faisant de celle-ci le véritable co-auteur de ces textes »* [19].

Cette procédure, plusieurs fois utilisée, a surtout donné lieu à des débats agités concernant les fichiers des Renseignements généraux. Après une première tentative en 1982, la CNIL fut plusieurs fois consultée par le Gouvernement en vue de donner son aval à un projet de décret faisant bénéficier les fichiers des RG des dérogations prévues par l'article 31 de la loi en matière de collecte des données sensibles [20].

La polémique culmina finalement lors de la publication des deux décrets du 27 février 1990 relatifs aux fichiers des RG (et notamment, à son fichier sur les risques terroristes) et habilitant cette administration à procéder au stockage de différentes informations sensibles. Elle aboutit à leur retrait par le Gouvernement [21], puis à la publication en octobre 1991 d'une nouvelle version – sensiblement édulcorée – de ces deux décrets [22]. Mais, en réalité, ce retrait fut contesté (notamment par la CNIL qui avait donné son accord aux décrets incriminés) [23] et l'on peut constater que ces deux nouveaux textes ne sont qu'une version plus « hypocrite » des précédents (*« les signes distinctifs physiques particuliers, objectifs et*

---

[17] Cf. CNIL, *1er rapport d'activité 1980*, La Documentation française, 1981, p. 46.

[18] Rappelons, à ce sujet, une ambiguïté terminologique : dans le vocabulaire de la loi du 6 janvier 1978 et de la CNIL, l'adjectif « sensible » ne renvoie pas à l'acception commune qui fait de ce terme un adjectif proche de celui de « protégé », « confidentiel », « classifié ». Il désigne des données nominatives relatives aux origines raciales, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses ainsi qu'à l'appartenance syndicale (art. 31) et dont le traitement incontrôlé serait préjudiciable à la vie privée et aux libertés publiques.

[19] Jérôme Huet & Herbert Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, p. 174.

[20] Cf. notamment CNIL, Délibération n° 85-36 du 9 juillet 1985, reproduite en annexe.

[21] Cf., notamment, *Le Monde*, 6 mars 1990.

[22] Décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* du 15 octobre 1991, p. 13498; Décret n° 91-1052 du 14 octobre 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme mis en œuvre par les services des renseignements généraux du ministère de l'intérieur, *JORF* du 15 octobre 1991, p. 13499.

[23] Cf. *Le Monde*, 7 mars 1990, p. 18; dans le même sens, cf. l'entretien avec le secrétaire général de l'Union syndicale des magistrats (*« La volte-face du Premier ministre manifeste le mépris que nos politiques ont pour la légalité »*), *Le Monde*, 8 mars 1990, p. 11.

inaltérables » remplacent, par exemple, la mention des « *origines raciales* ») [24] accompagnée pour certaines parties des fichiers d'une possibilité d'accès direct, dont la décision demeure entre les mains du ministère de l'Intérieur (cf. supra). Plutôt que de reconnaître explicitement aux services de sécurité la possibilité – prévue par la loi – de conserver des informations politiques, religieuses ou ethniques sur certains suspects (notamment en matière de terrorisme), une mauvaise information de l'opinion publique a donc conduit à ce que perdurent des pratiques plus ou moins occultes (et d'autant moins bien contrôlées). Et le débat n'est pas refermé pour autant : lorsqu'un décret du 9 novembre 1995 [25] vint autoriser – dans les mêmes termes édulcorés – la gendarmerie nationale à procéder à la collecte et au stockage de ces données sensibles relatives au physique de personnes surveillées dans le cadre de la lutte antiterroriste, une polémique obligea à nouveau le gouvernement à retirer promptement son texte. [26]

Notons pour finir que les textes européens, que ce soit la convention du Conseil de l'Europe ou la directive communautaire sur les données personnelles [27] prévoient des dispositions dérogatoires permettant aux États d'autoriser, notamment, le stockage de certaines données sensibles pour des raisons de sécurité publique.

La protection du secret des télécommunications

S'ajoutant à la pratique ancienne (mais jamais totalement abandonnée) du « contrôle postal » [28], l'écoute des communications téléphoniques a connu un important développement depuis une cinquantaine d'années dans la plupart des pays développés (cf. supra, chapitre 4). Pendant que son intérêt augmentait parallèlement aux nombres des abonnés, la technique d'enregistrement a – elle aussi – fait des progrès considérables. Et dès les années soixante, cette pratique – généralement clandestine – des services de police ou de contre-espionnage (ainsi que d'officines privées) fut dénoncée par les défenseurs des libertés civiques [29].

---

[24] Cf. notamment, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1991/4, p. 83.

[25] Décret n° 95-1211 du 9 novembre 1995 portant application de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 aux fichiers mis en œuvre par la direction générale de la gendarmerie nationale, *JORF*, 16 novembre 1995, p. 16804.

[26] Décret du 16 décembre 1995 portant retrait du décret n° 95-1211 du 9 novembre 1995 portant application de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 aux fichiers mis en œuvre par la direction générale de la gendarmerie nationale, *JORF*, 17 décembre 1995, p. 18341.

[27] Son article 3 prévoit en particulier que « *la présente directive ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du traité sur l'Union européenne et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État...* » (Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, 23 novembre 1995 n° L. 281 p. 31).

[28] Sur l'interception du courrier, cf. Eugène Vaillet, *Le cabinet noir*, PUF, 1950 ; Jacques Bergier, *L'espionnage politique*, Albin Michel, 1973, pp. 89 à 104 ; sur son usage par les RG dans les années soixante : Jacques Harstrich & Fabrizio Calvi, *RG – 20 ans de police politique*, Calmann-Lévy, 1991, pp. 126 à 130 ; aux États-Unis : William Colby, *30 ans de CIA*, Presses de la Renaissance, 1978, p. 273 ; David Martin, *KGB contre CIA*, Presses de la Renaissance, 1981, *op. cit.*, p. 98.

[29] Cf. notamment, la dénonciation de la situation aux États-Unis par le sociologue et journaliste Vance Packard, *The Naked Society*, 1964, traduction française : *Une société sans défense*, Calmann-Lévy, 1965 ; Pour la France : Jean Ditrau, « Les écoutes téléphoniques » in *La Nef*,

L'organisation des « écoutes » jusqu'en 1991

En France, une première tentative de rationalisation et de réglementation de la pratique des « écoutes administratives » (c'est-à-dire des écoutes effectuées pour le compte de services de l'État, hors de l'intervention de la justice), fut menée par le gouvernement de M. Michel Debré qui les centralisa et les réorganisa en créant le « Groupement interministériel de contrôle » (GIC) par la décision n° 1E du 28 mars 1960 [30].

Ce texte décidait simplement de créer un organisme unique *« placé sous l'autorité directe du Premier ministre »* pour assurer toutes *« les écoutes et enregistrements téléphoniques, télégraphiques sur fils ainsi que les renvois sur réseau PTT des écoutes microphoniques, ordonnées par les autorités gouvernementales »*. Avec le recul, on s'aperçoit maintenant que cette décision de 1960 avait plutôt pour objet de mettre fin à l'anarchie existant en la matière, en imposant à chaque ministère utilisateur une procédure administrative d'autorisation assez rigide, et de permettre – malgré la clandestinité du GIC – un contrôle minimum sur les objectifs des écoutes (qui devaient être conformes aux « missions respectives » des ministères utilisateurs).

Pour autant, le caractère occulte de cette décision et de l'organisme qu'elle créait [31], ainsi que l'absence de tout élément précis et contraignant en ce qui concernait son contrôle (lequel reposait exclusivement sur la vigilance et le légalisme du cabinet du Premier ministre [32]) a suscité la critique et la poursuite de la polémique. À de nombreuses reprises, les parlementaires et les partis d'opposition tentèrent d'obtenir des différents gouvernements successifs, d'une part des informations précises sur l'activité du GIC et d'autre part, la mise en chantier d'une réforme législative sur le sujet.

Plusieurs initiatives infructueuses marquèrent notamment cette contestation du fonctionnement des écoutes en France. En 1973, la commission sénatoriale Marcilhacy-Monory se heurta à un refus total de coopération

---

dossier spécial « La police en France », n° 14, juin/septembre 1963, pp. 109 à 114; Roger Errera, *Les libertés à l'abandon*, Seuil, 1968, réédition : Seuil, 1975, pp. 202 à 211; Edwy Plenel, *Les mots volés*, Stock, 1997.

[30] Cette décision du Premier ministre (reproduite en annexe) ne fut rendue publique qu'en 1993 à l'occasion du premier rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (*1er rapport d'activité 1991-1992*, La documentation Française, 1993, pp. 13 à 15). Mais sa circulaire d'application demeure toujours confidentielle.

[31] Le GIC, dont l'existence et l'acte de création sont désormais publics, n'a cependant pas été mentionné dans la loi du 10 juillet 1991 et – bien qu'aucun texte ne le précise (à l'inverse du cas de la DST) – son organisation et son fonctionnement demeurent couvert par le secret de défense (c'est, du moins, l'avis de la CNCIS tel qu'il ressort de son second rapport d'activité et tel que son Président l'a confirmé au magistrat chargé de l'affaire des écoutes de l'Élysée, cf. infra).

[32] Constantin Melnik, alors conseiller de Michel Debré pour le renseignement et qui fut le créateur du GIC, affirme, pour sa part, que la création de cet organisme obéissait, en quelque sorte à un scrupule démocratique : *« Ce qu'il avait appris (...) au ministère des PTT ou de l'Intérieur lui faisait trouver dangereux le chevauchement des services de police, intolérable la dilution des responsabilités dans cette violation de la vie privée. Selon cette forme d'esprit « opérationnelle » qui le caractérisait, il avait rédigé en cinq minutes et fait signer à Michel Debré une « décision » créant un centre d'écoutes unique placé sous l'autorité du Premier ministre, le célèbre GIC qui défraiera la chronique dans les décennies qui suivront. Seuls les ministres chargés de la sécurité intérieure et extérieure de l'État avaient désormais le droit d'ordonner l'écoute – illégale – d'un libre citoyen »* (Constantin Melnik, *Un espion dans le siècle – La diagonale du double*, Plon, 1994, p. 375).

de la part du Gouvernement. En 1976, deux membres de partis politiques soupçonnant qu'ils faisaient l'objet d'écoutes de leurs lignes téléphoniques, ne purent obtenir des juridictions administratives la nomination d'un expert qui aurait été chargé de mener des investigations sur la réalité de ces écoutes et les conditions de leur exécution [33].

Enfin, si la Commission mise en place par le Premier ministre Pierre Mauroy en juillet 1981 et dirigée par M. Robert Schmelk, Premier président de la Cour de cassation, bénéficia de facilités d'enquête et d'information auprès du GIC et des services concernés, son rapport et ses conclusions furent conservés secrets par le Gouvernement [34].

De son côté, la Cour européenne des Droits de l'homme rendit, entre 1978 et 1990, plusieurs décisions se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme [35] validant la situation juridique en matière d'écoutes téléphoniques dans plusieurs pays européens (l'Allemagne dans l'affaire *Klass* [36] et la Grande-Bretagne dans l'affaire *Malone* [37]) mais – inversement – condamnant la France pour insuffisance de sa législation en la matière (dans les affaires *Huvig* et *Kruslin* [38]).

Les différentes phases de ce débat et de ces controverses [39] ont débouché finalement sur l'adoption de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications [40]. Le contenu de ce texte, assez inspiré, en plusieurs de ses principes essentiels, par le rapport Schmelk, a consacré tout à la fois le principe du secret des télécommunications et la légalité – sous certaines conditions – d'« interceptions de sécurité » constituant des dérogations à ce principe, sous le contrôle d'une nouvelle autorité administrative indépendante, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS).

Les « interceptions de sécurité », une dérogation légale justifiée par la sécurité nationale

Le premier article de la loi du 10 juillet 1991 a introduit en droit français, le principe du secret des *« correspondances émises par la voie des télécommunications »* en déclarant que ce secret est *« garanti par la loi »*. Mais il est immédiatement précisé qu'il ne peut y être porté atteinte

---

[33] CE, Ass., 17 décembre 1976, *Ferignac*, Rec. 553, conclusions Latournerie, Rec. 553.

[34] Le texte du rapport Schmelk n'a été publié qu'en 1993, en annexe du premier rapport d'activité de la CNCIS (CNCIS, 1er rapport, *op. cit.*, pp. 55 à 116).

[35] *« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »* (Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

[36] CEDH, *Klass c/ RFA*, Com. 50/29/71 - 17/12/1974, vol. 28, série A, arrêt du 6 septembre 1978.

[37] CEDH, *Malone*, 2 août 1982 (série A n° 82) & 26 avril 1985 (série 1 n° 95).

[38] *« En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré »* (CEDH, *Kruslin*, 24 avril 1990, *D.* 1990. J., p. 353).

[39] Pour un historique de cette évolution, cf. Bertrand Sajous, *Le droit administratif des écoutes téléphoniques sous la Ve République*, Mémoire de DEA Droit Public, Université de Pau, 1991-1992.

[40] Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, *JORF*, 13 juillet 1991, pp. 9167 et s.

« que par l'autorité publique dans les seuls cas de nécessité publique prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ».

La consécration de la protection du secret des télécommunications s'est traduite par l'article 25 de la loi qui a introduit dans le Code pénal alors en vigueur un article 186-1 réprimant les écoutes réalisées *« hors des cas prévus par la loi »* par les agents des exploitants de réseaux ou toute autre personne. Cet article constituait une innovation pénale importante dans la mesure où jusqu'à présent le Code pénal ne sanctionnait que la violation du secret postal et la captation de paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans son consentement (article 368 du Code pénal). L'article 186-1 élargissait donc considérablement l'incrimination. Et le nouveau Code pénal a repris, sous une forme aménagée, une disposition inspirée de cet article dans son article 226-15 nCP.

Mais, du point de vue qui nous intéresse ici, c'est surtout le second alinéa de l'article 1er qui retient notre attention. Par là, en effet, le législateur a donné, pour la première fois, un fondement légal solide à la pratique des écoutes menées sur instruction de la justice ou des autorités gouvernementales. Ce fondement est solide dans la mesure où il est compatible avec les principes essentiels des libertés publiques qui exigent – comme nous l'avons expliqué plus haut – que les restrictions aux libertés fondamentales soient décidées par voie législative.

Ce sont donc différents articles de la loi du 10 juillet 1991 qui ont eu la charge de définir les cas et les modalités dans lesquels des « interceptions de sécurité » peuvent être effectuées en dérogation du secret des télécommunications. L'article 3 limite les possibilités de recours à ces interceptions à celles *« ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale*[41]*, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées ».*

À ces critères tenant à la nature des motifs d'interception, les articles suivants de la loi ajoutent une série de contraintes qui s'imposent aux services effectuant les interceptions (c'est-à-dire principalement le GIC) : décision écrite et motivée du Premier ministre (art. 4), fixation de contingents maximum d'interceptions simultanées (art. 5), autorisation limitée à quatre mois (art. 6), obligation de ne transcrire que les « renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3 » (art. 7), destruction des enregistrements au bout de dix jours maximum (art. 9), interdiction d'utiliser les renseignements recueillis à d'autres fins que celles prévues à l'article 3 (art. 10).

Ce faisant, le législateur a – pour la première fois en France – établi indirectement par voie législative la mission et les modalités de

---

[41] On trouve ici ce terme de *« sécurité nationale »* – courant dans de nombreux droits étrangers – employé, croyons-nous, pour la première fois en droit français. D'après une déclaration du Gouvernement lors des débats parlementaires, cette notion recouvre *« l'ensemble des informations que* (le Gouvernement) *juge nécessaire de détenir pour assurer la sauvegarde de la sécurité intérieure et extérieure du pays, l'intégrité du territoire, la vie de la population et pour prévenir les atteintes à la sûreté de l'état »* (cité in CNCIS, 1er rapport, *op. cit.*, p. 129). On note ici et dans

fonctionnement d'un organisme de renseignement : bien que le GIC ne soit pas mentionné dans la loi, son action tombe toute entière sous le coup des dispositions de la loi de 1991, alors que les autres services – tels la DST, la DPSD ou la DGSE – n'ont vu leurs missions fixées que par voie réglementaire (cf. supra).

Plus encore, il l'a soumis au contrôle direct d'un organisme administratif indépendant, la CNCIS dont nous verrons plus loin (cf. infra, chapitre 11) qu'elle constitue actuellement un des instruments indirects de contrôle des activités de sécurité et de contre-espionnage.

LA SÉCURITÉ NATIONALE FACE AUX LOIS AMÉLIORANT L'INFORMATION DU CITOYEN

Plus encore qu'un besoin de protection, le citoyen français a toujours éprouvé vis-à-vis des pouvoirs publics un besoin mal satisfait d'information, tant il est vrai que l'administration française a été un milieu fermé, au sein duquel l'information était monopolisée au nom de l'intérêt général. De ce fait, le développement – particulièrement fort en France – du phénomène bureaucratique, s'est accompagné de la mise en place progressive d'un véritable « secret administratif », essentiellement fondé sur la pratique administrative et en contradiction apparente avec la volonté de transparence qu'exprimait l'idéal républicain [42].

Mais si profondément ancrée qu'elle soit dans la tradition juridique française, la tendance de l'administration au secret a été finalement fortement remise en cause dans les années soixante-dix où un vaste mouvement anti-bureaucratique poussa l'État à engager des réformes en la matière. Résumant dans un ouvrage – depuis devenu célèbre – les arguments essentiels de cette nouvelle conscience libérale, Alain Peyrefitte illustrait alors en ces termes le paradoxe des relations qui existaient entre le véritable secret gouvernemental (celui qui peut relever légitimement du secret de défense) et le secret administratif généralisé :

> *« Un Gouvernement doit être en mesure d'agir par surprise : le secret est la condition de l'initiative. Mais l'administration, chargée d'exécuter des décisions publiques, devrait baigner dans la clarté. Or, c'est souvent l'inverse que l'on voit : les secrets du Conseil des ministres sont des secrets de Polichinelle; et l'administration est toute enveloppée de mystère. »* [43]

---

tout le texte de l'article 4 la parenté intellectuelle avec la notion des *« intérêts fondamentaux de la nation »* établie une année plus tard pour prendre place dans le nouveau Code pénal (cf. supra).

[42] Jürgen Habermas fait d'ailleurs justement remarquer que, tout au long du processus d'institution d'une « sphère publique » caractéristique des États constitutionnels libéraux aux XVIII^e^ et XIX^e^ siècle, *« c'est l'administration qui s'opposera de la manière la plus virulente au principe de Publicité; non pas en mettant en avant le prétexte que certaines affaires devaient restées secrètes directement dans l'intérêt de tous, mais avant tout, bien évidemment, parce qu'outre l'armée, la bureaucratie qui s'est formée sous l'absolutisme représente la seule arme dont dispose le Prince face aux intérêts de la société civile »* (J. Habermas, *Struckturwandel der öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, traduction française : *L'espace public*, réédition Payot, 1992 *Struckturwandel der öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, traduction française : *L'espace public*, réédition Payot, 1992, p. 94).

[43] Alain Peyrefitte, *Le Mal français*, Plon, 1976, p. 277.

En d'autres termes, le maintien de la pratique abusive d'un secret administratif implicite paraissait être préjudiciable à la défense des véritables secrets de l'État. C'est, en quelque sorte, sur cette base intellectuelle qu'ont été élaborés plusieurs textes législatifs importants qui, tout en créant des droits plus ou moins larges à l'information, ont chacun établi explicitement le statut du secret de défense comme exception à ces différents droits.

Secret et droit de communication des documents administratifs

Parmi tous les nouveaux droits reconnus aux citoyens durant les dernières décennies, le droit à la communication des documents administratifs est certainement celui qui, dans son principe, rentre le plus directement en contradiction avec les impératifs du secret gouvernemental et de défense. Mais, du même coup, c'est dans ce domaine que la question a été abordée le plus directement et, sans doute, le mieux réglée.

Tandis qu'aux États-Unis, le Congrès avait adopté en 1966 le très ambitieux *Freedom of Information Act* (FOIA) [44], la France a consacré le droit d'accès aux documents administratifs par la loi du 17 juillet 1978 [45]. Mais au-delà de son article 1er garantissant *« le droit de toute personne à l'information »*, cette loi a également – et pour la première fois – donné un fondement légal et défini des limites au secret administratif en établissant une liste d'exception, au sein de laquelle on retrouve le secret de défense.

Les exceptions prévues par la loi

La loi du 17 juillet 1978 a prévu dans son article 6 (récemment modifié), un certain nombre d'exceptions au droit de communication des documents administratifs, concernant les documents dont la communication pourrait porter atteinte :

– au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif;
– au secret de la défense nationale;
– à la conduite de la politique extérieure;
– à la monnaie et au crédit public;
– à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes;
– au déroulement des procédures engagés devant les juridictions;
– au secret de la vie privée, des dossiers personnels et médicaux;

---

[44] Le FOIA comporte une exception relative au secret de défense. Son paragraphe (b)(1) exclut de son application les matières qui sont *« (A) spécifiquement autorisées, en vertu de critères établis par un Executive Order, à demeurer secret dans l'intérêt de la défense nationale et de la politique étrangère et (B) qui sont, en pratique, classifiées de manière adéquate au regard des dispositions de cet Executive Order. »* (Freedom of Information Act, 5 USC, par. 552).

[45] Loi nº 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre social et fiscal, *JORF*, 18 juillet 1978, modifiée par la loi nº 79-587 du 11 juillet 1979, *JORF*, 12 juillet 1979. Pour une analyse de cette loi et des droits qu'elle consacre, cf. notamment Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information – Le secret en question*, Berger-Levrault, 1985 (et plus particulièrement son chapitre 3).

– au secret en matière commerciale et industrielle;
– à la recherche des infractions fiscales et douanières;
– et, de manière générale, aux secrets protégés par la loi.

La manière dont le secret de la défense nationale a été ainsi inclus sur cette liste et les libellés des autres secrets protégés au même titre que lui, a créé une relative confusion dans l'utilisation par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) de ces différents motifs de non-communication. En effet, la rédaction de la loi du 17 juillet 1978 avait différencié arbitrairement – et sans donner de définitions – plusieurs notions que l'on peut considérer comme proches, voire partie intégrante de celle de *« secret de défense »* : le secret *« des délibérations gouvernementales »*, celui *« de la politique extérieure »* [46] ou de *« la sûreté de l'État et de la sécurité publique »* [47]. Et ces dénominations n'ont pas été modifiées réellement par les modifications de l'article 6 qui ont été apportées par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations [48].

Mais, cet aspect des choses mis à part, on peut considérer que l'application de la loi du 17 juillet 1978 n'a pas créé de conflit important avec les dispositions relatives à la protection du secret de défense. La CADA note d'ailleurs qu'*« il est relativement rare que les demandes d'avis dont est saisie la Commission mettent en cause le secret de la défense nationale ou de la politique extérieure de la France »* [49].

Et d'après cette commission, les quelques avis défavorables formulés au titre du secret de la défense nationale, concernent deux types de documents *« relatifs soit à des installations à caractère ou à usage militaire, soit à des procédures en relation avec la défense nationale »* [50].

La non-communication des documents relatifs aux installations à caractère ou à usage militaire

La CADA reconnaît facilement le caractère secret de documents relatifs à des installations militaires ou à usage militaire. C'est ainsi qu'elle a formulé un avis défavorable à la communication de documents relatifs

---

[46] Le Conseil d'État mentionne d'ailleurs, dans son rapport annuel consacré au secret, *« la notion de secret diplomatique, ou de secret concernant les affaires étrangères, dont le statut est, dans plusieurs textes (loi du 17 juillet 1978, notamment), très proche de celui du secret de la Défense nationale »* (Études et documents du Conseil d'État, *Rapport public 1995*, La documentation Française, 1996, p. 65).

[47] Dans son premier rapport d'activité, la CADA avait d'ailleurs estimé, s'agissant de l'exception relative à *« la monnaie et le crédit public, la sûreté de l'état et la sécurité publique »*, que *« cette exception paraît à bien des égards le prolongement de la précédente* (à savoir celle relative au *« secret de la défense nationale et de la politique extérieure »*) *»*, (CADA, *L'accès aux documents administratifs - Premier rapport d'activité, 1979-1980*, La documentation Française, 1981, p. 59).

[48] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, 13 avril 2000, pp. 5646-5653. L'article 7 de cette loi s'est contentée de disjoindre le secret de défense de l'exception relative à la politique extérieure et de séparer celle relative à la monnaie de celle concernant la sûreté de l'État (notion pourtant disparue depuis 1994) et la sécurité publique.

[49] Commission d'accès aux documents administratifs, *Guide d'accès aux documents administratifs*, 1990, p. 73.

[50] *Ibid.*, p. 74.

aux activités d'un centre d'études de la Délégation générale pour l'armement et à ses dispositifs de secours [51]. De même, bien qu'il ne s'agisse pas directement de sites militaires, elle a consacré le secret couvrant une liste de cavités souterraines pouvant servir d'abris en cas de conflit (qui relève donc de la défense civile, composante de la défense nationale) [52].

Mais, dans de rares occasions, le secret de la défense nationale a été invoqué à propos d'installations civiles dont les caractéristiques avaient indirectement un lien avec les activités militaires. Ce fut particulièrement le cas de l'avis défavorable rendu sur la demande de communication d'un extrait du rapport de sûreté de l'usine de retraitement de La Hague, au motif que cette communication *« porterait atteinte, à la fois au secret industriel et commercial, à celui de la défense nationale, et à la sûreté de l'État et à la sécurité publique »* [53]. Cet extrait concernait un *« silo de stockage des queusots des centrales graphite-gaz »* et la Commission a, notamment estimé

> *« qu'un lecteur averti de ces extraits pourraient connaître assez précisément, à partir des bilans de stockage ou du degré d'irradiation des combustibles, qui parviennent dans les installations, la capacité nucléaire nationale, c'est-à-dire la quantité de plutonium à usage militaire fabriquée et que la divulgation des techniques de retraitement utilisées aurait pour conséquence, en outre, d'accroître les risques de prolifération nucléaire. »* [54]

Il a pu être remarqué concernant cet avis *Lalonde* que la CADA (comme le juge pénal, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal) ne limitait pas la notion de secret de défense à la présence d'une classification (qui – en l'espèce – n'existait pas). Cela oblige à se poser la question de l'évolution de la jurisprudence de la CADA en la matière, puisque désormais l'article 413-9 nCP fait, en quelque sorte, de la classification la condition nécessaire de la qualification d'un secret de la défense nationale. En toute logique, on devrait voir la CADA restreindre en conséquence son invocation du secret de défense, sauf à ce qu'elle utilise d'autres notions mal définies – comme par exemple l'exception liée à la *« conduite de la politique extérieure »* – pour continuer à considérer comme secrets des documents administratifs non classifiés qu'elle aurait précédemment couverts par le secret de défense.

La non-communication des documents relatifs aux procédures en relation avec la défense nationale

La CADA a également émis un avis défavorable à la communication de deux instructions relatives à la protection du secret : l'instruction générale interministérielle n° 1300 du 12 mars 1982 (instruction portant la mention « Diffusion restreinte ») et l'instruction du ministre de la

---

[51] Avis *Association Les amis de la Terre*, 13 décembre 1984.

[52] Avis *Commission permanente d'étude et de protection des eaux souterraines et des cavernes de Franche-Comté*, 4 juillet 1985.

[53] Avis *Lalonde*, 4 mars 1981, n° 2467, CADA, *2e rapport d'activité*, p. 181.

[54] CADA, *2e rapport d'activité*, p. 34.

défense n° 55-399 du 4 novembre 1983 relative à *« la délimitation des domaines du Secret-défense et Confidentiel-défense »* [55].

De même, la Commission considère comme non communicable le dossier d'habilitation au Secret-défense, tant vis-à-vis de la personne concernée [56] que de sa famille [57]. Cette décision va dans le sens de l'arrêté du ministre de la défense du 17 novembre 1980 qui considère comme constituant une exception à l'obligation de communication des documents administratifs, tous les *« documents relatifs à la sécurité militaire »* [58], au rang duquel se rangent les avis de sécurité rendus par la DPSD dans le cadre des procédures d'habilitation.

Notons cependant, à ce sujet, que s'agissant d'autres documents d'enquête proches de ceux établis dans le cadre des procédures d'habilitation, la pratique de la CADA et certaines décisions de la juridiction administrative, reconnaissent au contraire la caractère communicable de ces documents, ce qui nous conduit à penser que c'est – au sens strict – le lien existant entre le document d'enquête et l'habilitation au secret-défense qui est retenu comme critère de l'incommunicabilité.

On peut, notamment, citer comme avis de la CADA favorables à la communication de documents d'enquête, un avis *Maillard* (relatif à un rapport des Renseignements généraux [59]) et un avis *Bordenave* (relatif à une enquête de gendarmerie) [60].

Dans le même sens, et s'agissant d'un document d'enquête provenant de la DPSD, le Tribunal Administratif de Châlons-sur-Marne a considéré, dans un jugement (devenu définitif) de 1993 que

> *« si le ministre soutient que la communication du document établi par le détachement PSD porterait atteinte au secret de la défense nationale, il n'apporte aucun élément précis à l'appui de ses allégations; qu'il résulte au contraire des pièces du dossier et des propres écritures du ministre que le dossier en cause se limite à un avis sur la demande de réorientation professionnelle de M. Gorka; que, dans ces conditions, ledit document n'est pas au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte à des secrets de la défense nationale, tels qu'ils sont définis par les articles 74 et suivants du Code pénal et constitue un*

---

[55] Avis *Syndicat CFDT des métallurgistes du Nord de la Seine*, 24 octobre 1985. À propos du caractère confidentiel des instructions concernées, on pourrait se demander s'il n'est pas en contradiction avec les dispositions de l'article 9 de la même loi du 17 juillet 1978 qui soumet à publication régulière *« les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives »*. Pour tenter de surmonter cette contradiction, le décret n° 79-834 du 22 septembre 1979 portant application de cet article 9 a donc introduit dans son article 1er qui fixe les modalités de publication la mention *« sous réserve des dispositions de l'article 6 de la loi »*, tendant ainsi à faire prévaloir l'interprétation selon laquelle l'obligation de publication prévue à l'article 9 ne déroge pas à l'obligation de secret fixée par l'article 6.

[56] Avis *Forme*, 23 septembre 1982 et Avis Girard, 8 mars 1984.

[57] Avis *Langlois*, 9 mai 1985.

[58] Ministère de la défense, Arrêté du 17 novembre 1980, Application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public, *JORF* du 13 décembre 1980, p. 10924.

[59] CADA, Avis *Maillard* du 17 octobre 1979 (cf. *1er* rapport d'activité, p. 90).

[60] CADA, Avis *Bordenave* du 12 décembre 1979 (cf. *1er* rapport d'activité, p. 89).

document de caractère nominatif concernant M. Gorka; (annulation du refus de communication) » [61]

De son côté, le Conseil d'État a considéré comme document communicable un rapport d'enquête établi par les Renseignements généraux concernant un candidat à un concours de la fonction publique [62].

Mais, de même qu'en ce qui concerne les installations, le secret reconnu par la CADA en matière de procédure peut également couvrir des documents portant sur des procédures non militaires qui touchent au domaine de la sécurité publique et de la défense civile. C'est ainsi que dans son avis *Comiti* en 1991, la CADA a refusé, au nom du secret de défense, la communication de documents relatifs à Vigipirate, le plan de surveillance policier mis en place à l'occasion de la campagne d'attentats terroristes survenus en France en 1986 [63].

Au total, on relèvera de toutes ces décisions que la CADA – bien que n'ayant pas officiellement accès aux documents classifiés eux-mêmes – n'hésite pas à apprécier concrètement la consistance du secret qu'invoque l'administration. C'est par exemple ce que la Commission avait fait dans son avis *Curiel* de 1979 (relatif à la communicabilité du dossier relatif à l'arrêté d'expulsion pris contre M. Curiel) dans lequel, elle relevait que lorsque les autorités veulent invoquer la sûreté de l'État ou la sécurité publique pour justifier un refus de communication, *« il faut que les administrations intéressés invoquant expressément le caractère secret des documents, le justifient en donnant à la Commission les éléments d'appréciation susceptibles de fonder l'exception soulevée »* et concluait, en l'espèce, qu'en l'absence d'indications pertinentes fournies par l'administration, le texte du document concerné *« ne contient aucun élément dont la divulgation serait susceptible de porter atteinte à la sûreté de l'État et à la sécurité publique »* [64]. On va voir qu'il n'en va plus de même actuellement en matière de non-motivation des actes administratifs où le Conseil d'État a limité exagérément l'étendue de son contrôle.

Secret et motivation des actes administratifs

La motivation des actes administratifs n'est pas un principe général de notre droit public. Elle n'est, au mieux, qu'une exception créée par les textes et la jurisprudence et dont le Conseil d'État avait même pu dire que *« cette exception ne résulte pas de l'application d'un principe général de droit dont la méconnaissance par l'administration constituerait une illégalité »* [65].

Sans créer un principe général de motivation, la loi du 11 juillet 1979 [66] (modifiée et complétée par la loi du 17 janvier 1986 [67]) s'est contentée d'élargir sensiblement les cas dans lesquels est désormais obliga-

---

[61] TA Châlons-sur-Marne, *M. Gorka c./ Ministre de la défense*, 28 septembre 1993 (non publié).
[62] CE, 12 mai 1986, *Wacheux*, Rec. p. 142.
[63] CADA, Avis *Comiti/Ministère de l'Intérieur* du 23 mai 1991.
[64] CADA, Avis *Curiel*, 21 septembre 1979 (cf. *1er rapport d'activité*, pp. 179-180). Cet avis a été confirmé par un jugement du Tribunal administratif de Paris en date du 7 avril 1981.
[65] CE, 26 janvier 1973, *Garde des Sceaux c./ Lang*, Rec. 72, *D.* 1973.606, note B. Pacteau.
[66] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *JORF*, 12 juillet 1979.
[67] Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986, *JORF*, 18 janvier 1986, article 26.

toire la motivation des décisions administratives individuelles défavorables ou dérogatoires. Ses articles 1er et 2 définissent ainsi neuf cas. Mais elle a, parallèlement, prévu, dans son article 4, que l'administration est dispensée de motiver ses décisions lorsque cette motivation risque de porter atteinte à un secret protégé par la loi.

Le secret de défense comme cas de non-motivation

Cet article 4 présente une rédaction suffisamment large pour qu'il puisse couvrir, sans aucune ambiguïté, le secret de la défense nationale : *« Les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret »* (article 4, alinéa 2).

Cependant, cette disposition générale ne distingue pas entre les différentes formes de secret (secret professionnel, médical, de défense, de l'instruction, de la vie privée...) et ne parle que de *« faits couverts par le secret »*, ce qui laisse en dehors de son champ d'application les motifs fondés uniquement sur des opinions ou des argumentations. Pour ces différentes raisons, le législateur et le Gouvernement ont jugé nécessaire de compléter le dispositif en ajoutant par l'article 26 de la loi du 17 janvier 1986 un dernier alinéa à l'article 1er de la loi de 1979, qui dispense de toute motivation les décisions refusant une autorisation

> *« lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi no 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. »*

Ce renvoi aux dispositions de la loi organisant le droit d'accès aux documents administratifs permet de préciser les types de secrets dont le respect dispense l'administration de ses obligations de motiver les décisions individuelles défavorables. Si l'on tient compte de la dernière modification de la loi du 17 juillet 1978 par celle du 12 avril 2000 (cf. supra), il s'agit des secrets ou intérêts suivants :

- secret de la défense nationale ;
- conduite de la politique extérieure de la France ;
- sûreté de l'État, sécurité publique ou sécurité des personnes ;
- monnaie et crédit public ;
- déroulement des procédures engagées devant les juridictions [68].

Une application extensive

La modification apportée par la loi du 17 janvier 1986 a entraîné une relative évolution dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'application de la loi de 1979.

Sous l'empire de la version originale de la loi de 1979, le Conseil entendait interpréter restrictivement les dispositions de l'article 4 de cette

---

[68] Relevons qu'à l'occasion de cette réécriture récente, le secret des délibérations gouvernementales (notion, par ailleurs, contestable) a cessé apparemment d'être un cas de non-motivation.

loi, ce qui l'avait amené, par exemple, à affirmer dans un arrêt *Corbel* (rendu en 1987 mais portant sur une décision antérieure à 1986) *« que le législateur a entendu soumettre l'administration à l'obligation de motiver l'ensemble des décisions individuelles défavorables prises dans le but d'assurer l'ordre public, même quand elles relèvent d'une police spéciale et ne peuvent être regardées comme restreignant l'exercice d'une liberté publique »* [69].

Mais l'attitude de la Haute Assemblée a évolué depuis l'entrée en vigueur de la modification apportée par la loi de janvier 1986. Dans un arrêt *Chemouni* de 1991 statuant sur la non-motivation d'un refus d'autorisation de détention d'arme datant de novembre 1988, le Conseil a estimé

> *« qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 applicable à la date de la décision contestée (...) il résulte de ces dispositions éclairées par les travaux préparatoires de l'article 26 de la loi du 17 janvier 1986 que les décisions de détention ou de port d'armes sont au nombre de celles dont la communication des motifs est de nature à porter atteinte à la sécurité publique. »* [70]

Depuis cette décision – confirmée ensuite par un arrêt *Matiex* portant sur un sujet similaire (l'autorisation de commerce de matériel de guerre) [71] – le Conseil d'État considère que la réforme de 1986 a élargi le champ d'application des exceptions de non-motivation. En effet, là où l'article 4 se contentait de prévoir le cas où la loi interdit explicitement la publication ou la communication de certains faits, la nouvelle disposition permettait de renoncer à la motivation dès lors simplement que celle-ci *« pourrait être de nature à porter atteinte »* à un secret protégé par l'article 6 de la loi de 1978. La non-motivation n'est donc plus conditionnée par la seule existence d'une interdiction légale mais par la simple prise en compte d'un risque d'atteinte à des secrets dont l'énoncé est large et parfois imprécis. Il paraît donc logique que le juge administratif valide plus facilement que par le passé des cas de refus de motivation.

Si donc le principe de cette évolution jurisprudentielle paraît fondé, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences qu'en tire le Conseil d'État en ce qui concerne les modalités de son contrôle. En effet, les arrêts *Chimouni* et *Matiex* se sont limités à constater, sans autre précision, que les décisions non motivées faisant l'objet des litiges *« sont au nombre de celles dont la communication des motifs est de nature à porter atteinte à la sécurité publique »* sans se livrer à une appréciation *in concreto* de l'existence éventuelle du risque d'atteinte à un secret protégé par la loi. Et cela n'est pas conforme à l'attitude prise par le Conseil d'État à deux reprises en 1992 sur l'application du même article 6 de la loi de juillet 1978 en ce qui concernait la communication de documents susceptibles de mettre en cause la sécurité publique (s'agissant de la communication d'un rapport de gendarmerie, dans un arrêt *Lemelle*) [72] et à propos d'un

---

[69] CE, 1er juillet 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c. Corbel, Rec.*, 541.
[70] CE, 10 avril 1991, *Chimouni*, Rec. 126.
[71] CE 23 mars 1994, *Ministère de la défense c./ société Matiex.*
[72] CE, 25 mars 1992, *Lemelle*, n° 76301 (non publié).

contrat portant sur des prestations de télésurveillance et de transport de fonds dans un arrêt *Securipost* [73].

La différence entre ces arrêts et les arrêts *Chimouni* et *Matiex* réside dans le fait que le Conseil d'État s'est livré, dans les arrêts de 1992, à une analyse au cas par cas de la réalité du motif de non-communication (*« ... il ressort des pièces du dossier que, dans les circonstances de l'espèce... »*) alors que dans les deux autres cas, il a admis la non-motivation sur le simple fait que le type de décision concernée faisait partie d'une catégorie déterminée. Et là se situe toute la différence, d'une part, pour l'administré (qui se voit reconnaître – ou non – le droit à l'examen particulier des circonstances de sa situation par le juge) et, d'autre part, pour l'appréciation du secret par le juge. En effet, lorsque le juge se contente de déduire le caractère secret du motif du seul fait que la décision concernée appartient à une certaine catégorie d'actes, il renonce à apprécier au cas par cas la réalité et la consistance du secret qu'oppose l'administration.

En ce qui concerne particulièrement le secret de la défense nationale, le Tribunal administratif de Paris s'était, au contraire, résolument engagé en 1993 en faveur d'un contrôle étroit par le juge administratif de la validité du caractère secret du motif invoqué par l'administration. L'affaire *Pruja* concernait une décision de radiation d'un peloton d'élèves-officiers de réserve [74] et l'affaire *Pourbagher* était relative à un refus d'habilitation *Confidentiel-Défense* [75]. Mais, dans l'un et l'autre dossier, le ministre de la défense invoquait des raisons couvertes par le secret de la défense nationale et justifiait ainsi leur absence de motivation.

Après avoir dans des jugements avant-dire-droit ordonné un supplément d'introduction et enjoint au Ministre de fournir dans le délai d'un mois *« des indications mêmes sommaires sur la consistance de ce Secret-Défense au cas d'espèce »*, afin qu'il puisse apprécier *« le bien-fondé de la dispense de motivation de l'acte de refus »*, le Tribunal estima que les motifs invoqués finalement par le ministre n'étaient pas au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret de la défense nationale et qu'en conséquence, les décisions attaquées devaient être annulées pour défaut de motivation.

Malheureusement, le Conseil d'État, saisi en appel de l'affaire *Pourbagher*, a aligné sa position en la matière sur celle qu'il avait développée concernant le commerce des armes en rendant en juin 1997 un arrêt dans lequel il se contente d'affirmer *« que les décisions qui refusent l'habilitation au « secret défense » sont au nombre de celles dont la communication des motifs est de nature à porter atteinte au secret de la défense nationale »* et que, de ce seul fait, la décision de refus d'habilitation en question *« n'avait pas à être motivée »* [76]. Comme dans le cas d'espèce, les motifs de ce

---

[73] CE, 3 février 1992, *Société Securipost et Ministre des PTT c./ Société Libertés Services*, reproduit in *Juris PTT*, n° 28, 2e trimestre 1992, note D. Laffont, p. 45.

[74] TA Paris, 4e section, 1re chambre, 26 juin 1991 et 12 février 1993, *Pruja* (ces deux jugements – non publiés – sont devenus définitifs, en l'absence d'appel du ministre de la défense).

[75] TA Paris, 4e section, 2e chambre, 12 février 1993 et 19 novembre 1993, *Pourbagher* (reproduits in *Droit et Défense*, 94/4, p. 74, note B. Warusfel).

[76] CE, 13 juin 1997, *Ministre de la Défense c./ M. Pourbagher*, Conclusions C. Bergeal, *RFDA*, 14(2), mars-avril 1998, p. 360, note B. Warusfel, *Droit & Défense*, 98/2, pp. 56-63.

refus d'habilitation (la nationalité des parents du requérant) n'avaient plus rien de secret et avaient été finalement communiqués au juge, on se trouve bien là en présence d'une pure décision de principe prise par le Conseil d'État alors que rien dans le texte des lois de 1979 et de 1986 ne valide une telle interprétation [77]. Au contraire, en refusant cette occasion d'affirmer son pouvoir d'appréciation de l'usage du secret par l'administration, le Conseil d'État est entré en contradiction avec le sens de sa jurisprudence sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire et a pris une position très conservatrice sur le sujet, au moment même où le législateur faisait un premier pas vers un contrôle du secret en instituant une commission consultative en la matière (cf. infra, chapitre 11).

Le secret de défense et la loi sur les archives

La loi du 3 janvier 1979 sur les archives [78] est considérée, de par son esprit et son contenu, comme faisant partie – au sens large – de ce vaste édifice législatif mis en place à la fin des années soixante-dix pour établir les bases d'un droit des citoyens à l'information, et plus particulièrement à l'information publique.

Des règles de communication dérogatoires pour l'accès aux archives secrètes

La loi a, en effet, défini ce qu'il faut entendre par *« archives publiques »*, concept qui inclut tous les documents qui procèdent de l'activité de l'État, des organismes de droit public ou privé gérant un service public et des minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels. Mais elle en a profité également pour renforcer le dispositif protégeant la confidentialité des archives secrètes (qui ne relevaient jusqu'à cette date que d'un délai de non-communicabilité de cinquante ans contre soixante ans aujourd'hui [79]).

La communication au public de ces archives publiques est organisée autour des principes suivants :

– les documents administratifs communicables au titre de la loi du 17 juillet 1978 (cf. supra) le demeurent dans les conditions prévues par cette loi (art. 6 de la loi du 3 janvier 1979);

– les autres archives publiques ne sont librement consultables qu'après un délai de trente ans sauf pour certaines catégories d'entre elles qui sont mentionnées à l'article 7 de la loi;

– cet article 7 prévoit, que le délai avant lequel les documents ne sont pas librement consultables est de soixante ans pour les *« documents qui contiennent des informations (...) intéressant la sûreté de l'État ou la défense nationale et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État »* (art. 7.5°).

Le législateur a donc créé, là aussi, un régime juridique dérogatoire visant à concilier les exigences de la protection du secret de défense avec

---

[77] Pour un critique de cet arrêt, cf. notre commentaire, *op. cit.*, pp. 58-63.
[78] Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979, *JORF* du 5 janvier 1979, pp. 43 et s..
[79] Cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 52.

la mise en place de droits reconnus en faveur de [illegible] citoyens. Cependant, l'opportunité de cette règle des soixante années peut être discutée, tant il est vrai, d'une part, qu'elle semble contradictoire avec les engagements (timides, il est vrai) pris en matière de déclassification des documents secrets (cf. supra, chapitre 7) et qu'elle paraît, d'autre part, souvent excessive aux yeux de l'opinion publique et des exigences de l'historiographie moderne [80].

D'autre part, se pose le problème d'identifier la nature des archives devant être considérées comme soumises à ce délai de soixante années.

La définition réglementaire des archives secrètes

Deux décrets sont venus préciser, en ce qui concerne les archives du ministère de la défense et celles du ministère des affaires étrangères, les règles particulières qui leur sont applicables. Ces décrets nous permettent de mieux cerner la nature des archives secrètes soumises à un délai spécial.

Les archives militaires et les archives diplomatiques bénéficient, en effet, traditionnellement d'un régime particulier. Un décret du 21 juillet 1936 disposait déjà, en effet, que *« sont dispensés du versement aux Archives nationales en dépôt définitif ou provisoire les ministères des Affaires étrangères, de la Guerre, de la Marine militaire, de l'Air, des Colonies et le Conseil d'État qui sont dotés d'un service d'archives organisés »*.

Il ne faisait en cela que confirmer la situation historique antérieure qui avait vu le ministère de la guerre se doter au XVII[e] siècle – sous l'impulsion de Louvois – d'un *« dépôt de la Guerre »* et le ministère des affaires étrangères mettre progressivement en place ses propres archives sous l'influence du frère de Colbert, Charles Colbert de Croissy, ministre des Affaires étrangères de 1680 à 1696, puis de son fils Jean-Baptiste Colbert de Torcy, qui lui succéda et établit officiellement le dépôt des archives diplomatiques en 1710 [81].

En ce qui concerne les archives du ministère de la défense, le décret (modifié) n° 79-1035 du 3 décembre 1979 [82] précise dans son article 6 la nature des archives qui, du fait de leur caractère confidentiel (soit au titre du secret de défense, soit à d'autres titres) doivent restées non communicables durant soixante ans :

« – les documents classifiés « secret défense » et « très secret »;

– les dossiers, rapports et fiches de renseignements à caractère nominatif mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État ou de la défense nationale;

---

[80] Le général de Gaulle – bien que très soucieux des questions de secret – déclarait à A. Peyrefitte (en 1965) à propos du secret des archives : *« Trente ans, je n'en demande pas tant. L'Histoire s'accélère... Mais dix ans, c'est le moins ! »* [Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle (1)*, Éditions de Fallois/Fayard, 1994, p. 17].

[81] Sur les archives diplomatiques, cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, pp. 47 à 51; également, le dossier spécial édité par *L'Express*, 26 mai 1994, pp. 82 à 173.

[82] Décret n° 79-1035 du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense (*JORF*, 5 décembre 1979, pp. 3055 et s..), modifié par le décret n° 97-1254 du 29 décembre 1997 (*JORF*, 30 décembre 1997).

de renseignement et de relations internationales militaires;

– les dossiers du service de documentation extérieure et de contre-espionnage;

– les archives des services de la gendarmerie mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État ou de la défense nationale;

– les dossiers de la sécurité militaire. »

Si l'on élimine la partie des archives dont la confidentialité tient au respect de la vie privée, cette liste nous permet de cerner indirectement le contour des archives qui doivent demeurer non communicables pour des raisons de protection du secret de défense :

– tous les documents classifiés aux niveaux Secret ou Très secret (ce qui exclut les documents classifiés au seul niveau Confidentiel-Défense [83]);

– tous les dossiers des organismes de renseignement dépendant du ministère de la défense (SDECE – devenu DGSE, Sécurité militaire – devenu DPSD, deuxièmes bureaux – devenus la DRM);

– les documents nominatifs et les archives de gendarmerie, dans le seul cas où ils mettent en cause la sûreté de l'État ou la défense.

Il faut cependant souligner que ce même décret prévoit dans son article 7 la possibilité d'obtenir au cas par cas des dérogations à la non-communication par la voie ministérielle (voire au niveau du Premier ministre). Le traitement de ces demandes de dérogation semble faire l'objet, pour ce qui concerne le ministère de la défense des attributions du Comité des archives de la défense, créé par un décret du 16 septembre 1966, qui peut traiter – parmi d'autres questions – *de « la communication de certaines archives classifiées »* [84].

À ces archives de défense soumises à la règle des soixante ans, s'ajoutent un certain nombre de documents diplomatiques ou gouvernementaux essentiels, tels que les compte-rendus des Conseils des ministres, des Conseils restreints, des Conseils de défense et ceux des compte-rendus des rencontres avec les hommes d'États étrangers [85].

En ce qui concerne les archives diplomatiques, elles sont actuellement régies par le décret (modifié) du 1er décembre 1980 [86]. Ce texte prévoit également – en application de la loi de 1979 – que certaines des archives diplomatiques ne peuvent être consultées qu'à l'expiration du délai spécial de soixante ans. Mais plutôt que de préciser directement la nature de ces archives secrètes, l'article 8 de ce décret de 1980 a préféré se référer à la liste établie parallèlement (et à destination de toutes les administrations) à l'article 1er du décret nº 79-1038 du 3 décembre 1979 relatif à la communicabilité des documents d'archives publiques [87].

---

[83] Cf. Marc Guillaume, « Secret de la défense nationale et État de droit », *in L'État de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 380.

[84] Pierre Azoulay, « Les archives », *Bulletin L'Armement*, avril 1983, p. 103.

[85] Cf. A. Peyrefitte, *op. cit.*, p. 19.

[86] Décret nº 80-975 du 1er décembre 1980 relatif aux archives du ministère des affaires étrangères, modifié par le décret nº 97-1254 du 29 décembre 1997 (*JORF*, 30 décembre 1997).

[87] Décret nº 79-1038 du 3 décembre 1979 relatif à la communicabilité des documents d'archives publiques (*JORF*, 5 décembre 1979, p. 3058), modifié par le décret nº 97-1254 du 29 décembre 1997 (*JORF*, 30 décembre 1997).

Or, l'application des critères de cette liste au cas de la communication des archives diplomatiques a donné lieu à une décision de jurisprudence du Conseil d'État par laquelle la Haute Assemblée a considérée comme illégale cette liste de documents d'archives, en ce qu'elle élargissait au-delà de ce que prévoyait l'article 7 de la loi de 1979 les cas d'application du délai spécial de soixante ans [88]. En effet, alors que cet article 7 de la loi ne soumet au délai de soixante ans que les documents mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État ou la défense nationale, l'article 1er du décret nº 79-1038 visait, au contraire, des catégories de documents sans prendre en considération si leur contenu mettait ou non en cause l'un des intérêts supérieurs mentionnés par la loi de 1979. Ainsi, en l'espèce, le ministère des affaires étrangères refusait de communiquer des documents diplomatiques (concernant l'ancienne concession de Shangaï) au motif qu'ils mettaient en cause *« les négociations financières, monétaires et commerciales avec l'étranger »* et qu'ils concernaient des *« contentieux avec l'étranger non réglés »*, deux motifs de non-communication mentionnés par le décret nº 79-1038. Mais dans la mesure où ces types de document *« ne mettent pas nécessairement en cause la sûreté de l'état ou la défense nationale »*, le Conseil a considéré que le décret nº 79-1038 ainsi que la disposition du décret de 1980 sur les archives diplomatiques qui y renvoit, excédaient l'habilitation législative donnée par l'article 7 de la loi de 1979 et que de ce fait – par le biais de l'exception d'illégalité – la décision ministérielle prise sur leur fondement était illégale [89].

Cet arrêt *Jobez* a ainsi sanctionné la tentation que pouvait avoir l'administration d'interpréter extensivement les règles sur la protection du secret des archives. Considéré comme *« historique »* par certains critiques de la législation française sur les archives [90], il a sans doute aussi contribuer à susciter le besoin d'une réflexion plus globale sur la dialectique entre archives et secret. Cette réflexion a été confiée à M. Guy Braibant, ancien président de section du Conseil d'État, dont le rapport [91] propose un assouplissement des règles relatives à la consultation des archives secrètes.

Le rapport Braibant et les propositions de réforme du régime des archives secrètes

M. Braibant a remarqué, tout d'abord, dans la lignée directe de l'arrêt *Jobez* que les décrets relatifs aux archives de défense et des affaires

---

[88] CE, sect., 8 avril 1994, *Ministère des affaires étrangères c./Mme Jobez*, concl. M. Denis-Linton, *Jur. Adm.*, février 1995, fas. 108-2.

[89] Pour parvenir à ce résultat, le Conseil d'État a également du écarter un moyen de défense invoqué par le ministère des affaires étrangères, qui soutenait qu'en combinant l'application de la loi de 1979 sur les archives avec celle du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs, il résultait que tout document non communicable au titre de la loi de 1978 (comme, par exemple, ceux pouvant porter atteinte *« à la monnaie et au crédit public »*) devait être soumis au délai spécial de soixante ans. Le Conseil d'État, en rejetant cette argumentation a, au contraire, souligner l'autonomie des deux textes en soulignant que des documents non communicables au titre de l'article 6 de loi de 1978 ne sont pas automatiquement soumis au délai spécial mais suivaient le régime de droit commun de la loi de 1979 et n'était soumis à ce délai que pour autant qu'ils satisfaisaient par ailleurs aux critères de l'article 7 de cette loi.

[90] Cf. *Le Monde*, 22 juin 1996, p. 7.

[91] Guy Braibant, *Les archives en France – Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.

étrangères, pris en application de la loi du 3 janvier 1979, appliquent le délai spécial de soixante ans aux seuls documents classifiés alors que l'article 7 de la loi de 1979 dont ils découlent ne prend comme critère que le contenu des documents concernés (qui doivent intéresser la sûreté de l'État ou la défense nationale). Cette différentiation entre un critère formel et le critère matériel ne portait pas à conséquence tant que la définition du secret de défense renvoyait, elle-même, à son contenu (ce que l'on appelait le *« secret par nature »*), mais désormais ce n'est plus le cas et celui-ci n'est défini que par rapport au critère formel de classification. Dès lors, le rapport a posé la question de savoir si *« la notion définie par le nouveau code pénal coïncide (..) avec celle que vise l'article 7 de la loi du 3 janvier 1979 ? »* [92]. Cette question apparaît importante à Guy Braibant dans la mesure où il perçoit une différence juridique entre un dispositif de classification qui repose sur *« une décision discrétionnaire de l'autorité émettrice du document, seule habilitée à déclassifier »* et une loi sur les archives qui *« paraît se référer à des notions objectives »*, à savoir l'impact de la communication éventuelle sur la défense nationale et la sûreté de l'État. L'une des conséquences pratiques de ce *« décalage »* a trait à *« la date à laquelle le caractère confidentiel du document doit être évalué »* : lors de l'émission du document (sauf mesure de déclassification ultérieure) ou à la date de la demande de communication (comme il paraît résulter de l'esprit de la loi de 1979) ? Une autre conséquence de l'imprécision, voire de la contrariété des textes, est qu'il arrive que *« les services producteurs opposent le délai de 60 ans pour des documents déclassifiés »*, mais pour le rapporteur, *« l'imprécision des textes ne permet pas de trancher la question de la légalité de telles pratiques »* [93] renvoyant la solution du problème éventuel au développement de *« la déclassification sélective »* [94].

Plus profondément encore, le rapport Braibant s'est interrogé sur l'élargissement philosophique auquel a procédé le nouveau Code pénal en mettant en avant les *« intérêts fondamentaux de la nation »* qui remplacent et englobent les concepts traditionnels de sûreté de l'État et de défense nationale, auxquels se réfère toujours la loi de 1979 sur les archives. Plutôt que d'envisager le remplacement pur et simple de ces concepts par celui du nouveau code pénal, Guy Braibant a proposé de *« conserver dans la loi une définition plus limitative et plus précise des intérêts publics protégés »*, ce qui l'a conduit à n'envisager qu'une extension limitée à deux sujets nouveaux : la politique extérieure et *« la sécurité physique des personnes »* [95], à condition toutefois que la loi précise bien que ces nouvelles exceptions devraient être appréciées à la date de la demande de communication (ce qu'il envisage possible de préciser, par une formulation qui, par exemple, ne couvrirait que les documents *« dont la communication serait susceptible de porter atteinte à la conduite de la politique extérieure »* [96]).

---

[92] G. Braibant, *op. cit.*, p. 53.
[93] G. Braibant, *op. cit.*, p. 58.
[94] G. Braibant, *op. cit.*, p. 59.
[95] G. Braibant, *op. cit.*, p. 65. On notera que ces deux intérêts ont acquis leur autonomie juridique dans la nouvelle rédaction de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, telle qu'elle résulte de la loi du 12 avril 2000.
[96] G. Braibant, *op. cit.*, p. 66.

En parallèle de cette confrontation avec le nouveau Code pénal, Guy Braibant a voulu aussi que son rapport prenne en compte l'évolution de l'opinion qui ressent, face aux procédures actuelles *« un sentiment d'arbitraire et d'inégalité »* [97] et qui fait de ce sujet *« un enjeu sensible qui a fait récemment de polémiques »* [98]. Le rapport a donc fait ici allusion à la controverse juridique qu'a provoqué l'arrêt *Jobez* d'avril 1994 mais aussi aux critiques sévères formulées par certains chercheurs à l'encontre du système instauré par la loi de 1979 [99].

Parmi les quarante propositions du rapport, l'on retrouve donc à la fois ce souci revendiqué par M. Braibant de la transparence et la volonté de trouver une issue aux contradictions juridiques (voire aux illégalités) actuelles du système. Cela l'a conduit, notamment, à recommander la réduction à vingt-cinq ans du délai de communication normal des archives publiques et l'abrogation des dispositions reconnues illégales par le Conseil d'État dans les décrets organisant les délais spéciaux [100]. Mais s'agissant particulièrement de la question des archives de défense et de la conservation des documents classifiés, le rapport a formulé trois propositions spécifiques.

La plus significative est, sans doute, la proposition 19 *de « réduire à 50 ans le délai spécial de protection des documents dont la communication serait susceptible de porter atteinte à certains intérêts publics »* [101]. Elle est équilibrée – d'une certaine façon – par la proposition 21 qui conduirait à *« réserver pour une durée indéterminée la communication de documents techniques relatifs aux armements nucléaires »*, ce qui se comprend aisément dans une logique de non-prolifération (et qui permettrait à la fois, de déclassifier à tout moment des informations devenues totalement inoffensives, tout en pouvant conserver au-delà des cinquante années certaines données essentielles à la compréhension des phénomènes nucléaires militaires). Mais l'apport de la proposition 19 réside également dans le fait que, pour M. Braibant cette réduction du délai spécial se ferait *« en précisant le champ des intérêts protégés : sûreté de l'État, sécurité physique des personnes, secret de la défense nationale, conduite de la politique extérieure »* et que *« l'atteinte susceptible d'être portée à ces intérêts serait appréciée à la date de la demande de consultation »*. Par là, la nouvelle loi sur les archives réduirait incontestablement le pouvoir discrétionnaire de l'administration lors des décisions de classification et des demandes de communication. Et, sans y faire explicitement référence dans ses propositions, Guy Braibant signale, dans le corps de son étude, qu'il confierait bien à une autorité administrative indépendante le soin de veiller à ce cantonnement du pouvoir de l'administration : *« il faudrait à tout le moins que la CADA soit chargée de définir de façon objective le champ d'application des délais (notion de vie privée, de sûreté de l'État, etc.) (...) »* [102].

---

[97] Interview de M. G. Braibant, *Le Monde*, 22 juin 1996.
[98] Rapport Braibant, *op. cit.*, p. 47.
[99] Cf. notamment pour un ouvrage révélateur de cette tendance, Sonia Combe, *Archives interdites – Les peurs françaises face à l'histoire contemporaine*, Albin Michel, 1994, p. 27 et p. 321.
[100] Propositions 16 et 17, G. Braibant, *op. cit.*, p. 124.
[101] Proposition 19, *Ibid.*
[102] *Ibid.*, p. 77.

Dans l'attente de la prochaine loi, annoncée par le gouvernement, pour modifier la loi de 1979 en tenant compte du rapport Braibant [103], une circulaire du Premier ministre consacrée aux archives de la période 1940-1945 a anticipé déjà la réduction du délai spécial à cinquante ans pour les archives couvertes par les impératifs de défense, en disposant :

> *« Ainsi que le relève le rapport, déjà mentionné, de M. Braibant, la divulgation de documents vieux de plus de cinquante ans ne présente plus aucun risque pour la sûreté de l'État ou la défense nationale, en dehors de cas particuliers extrêmement rares. C'est pourquoi, sauf exception dont je souhaite que mon cabinet soit informé, les demandes d'accès à des archives ayant trait à la période 1940-1945 ne devront plus être rejetées sur le fondement de ces impératifs. Sous cette réserve le seul motif sur lequel pourra s'appuyer un refus de dérogation sera le respect de la vie privée. Mais, même dans ce cas, les refus ne devront pas être systématiques. »* [104]

Enfin, et logiquement, la proposition 20 invite le législateur et les autorités réglementaires à *« préciser la manière dont l'application du délai de 50 ans aux documents protégés par le secret de la défense nationale s'articule avec les dispositions organisant la classification de ces documents »* [105]. En d'autres termes, M. Braibant estime que les risques de contrariété entre les règles applicables à la protection du secret de défense depuis le nouveau code pénal, et celles s'appliquant aux archives doivent être évacués par une nouvelle rédaction des textes et par l'adoption de règles de déclassification.

Secret et procédures d'urbanisme ou de protection de l'environnement

Le droit de l'urbanisme et – plus largement – le droit de l'environnement recourent de manière assez systématique à des mécanismes de publicité et de contrôle pour remplir leurs objectifs et dissuader les comportements susceptibles d'y porter atteinte. Aussi, la pratique du secret de défense est-elle susceptible de rentrer en conflit avec la plupart de ces dispositifs. C'est pourquoi, dans ces domaines également, le législateur et l'autorité réglementaire prévoient généralement des dispositions dérogatoires permettant la préservation du secret dans le cas de ces procédures [106].

Secret et exemption de permis de construire

L'article L.422-1 du Code de l'urbanisme précise, dans son premier alinéa, que sont notamment exemptés du permis de construire

---

[103] Cette loi attendue n'est pas la loi du 12 avril 2000 déja citée, qui ne modifie que très partiellement la loi de 1979 sur les archives sur un point mineur et ne comporte aucune modification du régime des archives secrètes.

[104] Circulaire du 2 octobre 1997 du Premier ministre, relative à l'accès aux archives publiques de la période 1940-1945 (*JORF*, 3 octobre 1997).

[105] Proposition 20, *Ibid.*, p. 125.

[106] Sur les particularités des procédures d'urbanisme touchant la défense nationale, cf. Fabrice Helewa, *La cession forcée des biens dans l'intérêt de la défense nationale*, thèse, Paris V, 1998, pp. 53-183.

« les constructions ou travaux couverts par le secret de défense nationale. »

Le même article indique que *« sont également exemptés du permis de construire certaines constructions ou travaux relatifs à la défense nationale »* [107] et qu'un décret en Conseil d'État précise *« la nature et l'importance des constructions, travaux et installations concernés »*.

Ce décret, intervenu le 7 juillet 1977 a introduit dans le Code de l'urbanisme l'article R. 422-1 qui dispose que

« les constructions couvertes par le secret de défense nationale sont exemptées de permis de construire. Entrent notamment dans cette catégorie, les centres de transmission, les établissements d'expériences et de fabrication de matériels et de munitions, les entrepôts de réserve générale, les dépôts de munitions, les bases de fusées, les stations radiogoniométriques et les centres radioélectriques de surveillance. Pour les autres constructions, le caractère secret est reconnu par décision de portée générale ou particulière du ministre compétent.

Sont également exemptés de permis de construire, les installations situées à l'intérieur des arsenaux de la marine, des aérodromes militaires et des grands camps figurant sur une liste fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de l'urbanisme et du ministre chargé des armées. »

Ainsi le secret de défense permet-il à certains projets immobiliers d'être exemptés de permis de construire, en ce que cette procédure prévoit des formalités de publicité qui pourrait compromettre le secret. On remarquera également que certains types de bâtiments militaires sont considérés par principe comme couverts par le secret et donc comme dispensés de permis de construire.

Secret et enquête publique

Cette dérogation aux obligations du droit de l'urbanisme pour cause de secret de défense est encore plus caractérisée dans le domaine de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le code de l'expropriation dispose, en effet, que *« les opérations secrètes intéressant la défense nationale peuvent être déclarées d'utilité publique par décret, sans enquête préalable, sur avis conforme d'une commission »* (article L. 11-3 Code de l'expropriation) et le code du domaine de l'État nous indique simplement qu'*« une opération est qualifiée secrète par décision du ministre de la défense »* (R. 21-2 Code du domaine de l'État) [108].

Il est ainsi clair que le ministre de la défense possède un droit discrétionnaire à faire échapper aux contraintes de l'enquête publique préalable, toute opération d'expropriation qu'il considère comme relevant du secret de la défense nationale. Par là, le secret de défense permet une dérogation très forte à un principe majeur du droit de l'expropriation : celui de l'information préalable et de la constatation publique de la

[107] Il faut sans doute comprendre – par comparaison à la premier alinéa de l'article – qu'il s'agit ici de constructions ou de travaux qui, bien qu'intéressant la défense, ne sont pas classifiés.

[108] Soulignons à cette occasion que ces textes, qui donnent l'essentiel des prérogatives au ministre de la défense, contredisent directement la nature interministérielle du secret de défense.

nécessité d'exproprier dans l'intérêt général. Tout au plus, cette dérogation caractérisée est-elle partiellement atténuée par le fait que la déclaration d'utilité publique ne pourra être prise par l'autorité administrative qu'après *« avis conforme d'une commission »* [109], laquelle commission est, aujourd'hui la *« commission d'examen des opérations immobilières présentant un caractère secret, poursuivies par les services publics relavant du ministre de la défense, ou placés sous sa tutelle »*, instituée par l'article 1er du décret nº 87-359 du 26 mai 1987 [110].

Mais les prérogatives accordées à l'administration en matière d'expropriation vont plus loin. En effet, l'article 1er du décret du 5 juillet 1985 [111] pris en application de la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement [112], dispense de l'obligation d'effectuer une enquête publique – non seulement les opérations spécifiquement déclarées secrètes [113] – mais aussi, par principe, tous les aménagements et constructions concernant certaines catégories d'ouvrages à usage principalement militaire :

– les centres de transmission, les stations goniométriques, les centres de surveillance radio-électrique, les établissements d'expérimentation et de fabrication d'armement, les entrepôts de réserve générale, les dépôts de munitions, les bases de fusées (sites déjà considérés par principe comme secrets par l'article R. 422-1 du Code de l'urbanisme);

– les arsenaux de la marine, les aérodromes militaires et grands camps d'entraînement figurant sur la liste prévue à l'article R. 422-1 du Code de l'urbanisme [114].

Et cette dispense s'applique également à toutes les opérations touchant à un document d'urbanisme, lorsque ces opérations ont *« pour objet exclusif »* la réalisation d'une opération correspondant aux cas de dispense énoncés plus haut.

Plus encore, la loi de 1983 et son décret d'application prévoient également – au-delà des cas de dispense d'enquête publique – un dispositif de sauvegarde qui vise à organiser la protection du secret dans les autres cas où une enquête publique demeure nécessaire. Aux termes du dernier alinéa de l'article 2 de la loi, *« le déroulement de l'enquête doit s'effectuer dans le respect du secret de la défense nationale, du secret industriel et de*

---

[109] Article L. 11-3 Code de l'expropriation.

[110] L'avis conforme de cette commission est prévue par l'article R. 11-17 du code de l'expropriation et par l'article R. 21-1 du code du domaine de l'État. Sur la composition et le rôle de cette commission, cf. F. Helewa, *op. cit.*, pp. 125-129.

[111] Décret nº 85-693 du 5 juillet 1985 pris pour l'application de la loi nº 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement et déterminant les conditions de protection du secret de la défense nationale.

[112] Loi nº 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

[113] On remarquera que l'article 1er de ce décret de 1985 parle alors, non pas de la seule décision du ministre de la défense comme dans le cas de l'article R. 21-2 C. dom (restriction dont nous avons signalé le caractère anormal et réducteur) mais de toute décision *« de portée générale ou particulière du Premier ministre ou du ministre compétent »* qui reconnaît le caractère secret des travaux à entreprendre.

[114] F. Helewa voit, là, une *« présomption de risque de révélation du secret de la défense nationale »*, puisque l'on *« présume que certaines opérations, par leur nature même, sont susceptibles d'entraîner la divulgation d'un secret de la défense nationale si une enquête publique est menée »* (F, Helewa, *op. cit.*, p. 88).

tout secret protégé par la loi » et, en application, l'article 2 du décret du 23 avril 1985 précise qu'aucun des *« éléments qui seraient de nature à entraîner la divulgation de secrets de la défense nationale ne peuvent ni figurer au dossier soumis à l'enquête ni être communiqués en application du 4° de l'article 4 de la loi* (du 12 juillet 1983) » [115].

Enfin, dans le même esprit, l'article 3 de ce même décret soumet les commissaires-enquêteurs et les membres de la commission d'enquête à toutes les obligations d'autorisation préalables d'accès aux établissements militaires ou aux zones protégées [116].

Secret et installations classées pour la protection de l'environnement

On retrouve une logique similaire de dérogations à la procédure de droit commun en matière d'application de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement [117].

Dans ce domaine, un décret du 15 octobre 1980 [118] a prévu certaines règles dérogatoires en vue de préserver la confidentialité des informations classifiées.

Une annexe à ce décret fixe la liste des installations concernées. Il s'agit principalement de sites militaires (états-majors, postes de commandement, bases militaires, corps de troupe, écoles militaires, établissements de réserve générale, stations de télécommunications, dépôts), de sites techniques ou scientifiques appartenant au ministère de la défense (dépendant essentiellement de la DGA) et d'entreprises installées dans *« des locaux ou des terrains clos du domaine militaire compris dans des zones protégées au sens de l'article 418-1 du Code pénal »*.

Une sous-catégorie de ces sites est distinguée par l'article 3 du décret qui concerne les sites *« constituant un élément de l'infrastructure militaire et réalisés dans le cadre d'opérations secrètes intéressant la défense nationale »*. Ces sites sont totalement exemptés de la procédure d'enquête publique prévue par le décret du 21 septembre 1977 en application de la loi sur les installations classées.

Pour les autres sites visés par le décret du 15 octobre, ce texte prévoit des dérogations à la procédure d'enquête publique qui concernent principalement :

– le rôle du ministère de la défense qui exerce les compétences normalement confiées au ministre concerné et au préfet par la loi de 1976 et son décret d'application du 21 septembre 1977;

---

[115] Par cette formule assez large concernant les éléments *« de nature à entraîner la divulgation de secrets de la défense nationale »*, on peut penser que l'autorité réglementaire a voulu couvrir non seulement les informations secrètes elles-mêmes (Secret, Très Secret) mais aussi les informations de niveau Confidentiel-Défense.

[116] Imposées respectivement – à l'époque du décret de 1985 – par le décret du 6 février 1981 et du 27 mars 1973, aujourd'hui abrogés et remplacés par des dispositions intégrées dans la partie réglementaire du nouveau Code pénal (cf. supra).

[117] Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

[118] Décret n° 80-183 du 15 octobre 1980 relatif aux installations classées pour la protection de l'environnement relevant du ministre de la défense ou soumises à des règles de protection du secret de la défense nationale, *JORF*, 17 octobre 1980.

– le rôle du préfet qui, sous l'autorité du ministre de la défense, disjoint du dossier soumis à consultation les éléments pouvant entraîner la compromission de secrets de défense *« dans le domaine militaire ou industriel »* (art. 2, alinéa 2) [119].

Par ailleurs toutes les installations visées par le décret bénéficient des garanties procédurales suivantes :

– la décision du ministre de la défense créant une telle installation vaut déclaration en vertu de la loi de 1976 (art. 4 du décret de 1980);

– l'inspection des installations est assurée par des inspecteurs désignés par le ministre de la défense qui font un rapport annuel au ministre de la défense, qui est communiqué au ministre en charge des installations classées et au préfet concerné.

Enfin, une troisième catégorie d'installations est concernée par l'application du décret de 1980 : il s'agit des installations publiques ou privées travaillant pour les armées et couvertes par le secret de défense (par exemple, des entreprises d'armement) sans entrer, pour autant, dans la catégorie des sites visés par l'annexe du décret. De la même manière qu'en ce qui concerne les enquêtes publiques d'urbanisme (cf. supra), une protection minimale est proposée : leurs exploitants doivent signaler au préfet l'existence et la nature des informations classifiées concernées et leur installation ne peut être inspectée que par des inspecteurs habilités au secret de défense (art. 7 du décret de 1980).

On voit ainsi que ce décret du 15 octobre 1980 s'est efforcé de réaliser en matière d'autorisation et de contrôle des installations classées ce qu'ultérieurement, le décret de juillet 1985 a organisé dans le cadre de la procédure des enquêtes publiques d'urbanisme.

Secret et application de la loi sur l'eau

Un dispositif très voisin de celui applicable en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, existe en ce qui concerne l'application des procédures prévues – toujours en vue de la protection de l'environnement – par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 [120]. Un décret du 30 novembre 1993 [121] prévoit différentes dispositions dérogatoires suivant le type de site concerné, et en particulier :

– pour les sites qui relèvent du ministre de la défense, celui-ci exerce l'essentiel des pouvoirs et attributions dévolus au préfet (en matière de procédure de déclaration ou d'autorisation) en lieu et place de celui-ci (art. 1er). De plus, lorsque le préfet demeure néanmoins compétent, il doit – à la demande du ministre de la défense – disjoindre *« du dossier soumis à l'enquête publique et aux consultations les éléments de nature à entraîner la divulgation de secrets de défense nationale »* (art. 3);

---

[119] Même si, dans la pratique, la grande majorité des informations classifiées sont d'ordre militaire ou technique (en matière d'armement notamment), il est curieux néanmoins de noter cette restriction inhabituelle aux seuls aspects militaires et techniques du secret de défense.

[120] Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau.

[121] Décret n° 94-1033 du 30 novembre 1994 relatif aux conditions d'application de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau aux opérations, travaux ou activités concernant des installations ou des enceintes relevant du ministre de la défense ou soumis à des règles de protection du secret de la défense nationale, *JORF*, 3 décembre 1994, pp. 17085-17086.

– pour les opérations secrètes concernant les sites qui relèvent du ministre de la défense, il est dérogé de surcroît à la consultation du conseil départemental d'hygiène (normalement obligatoire en vertu du décret n° 93-742 du 29 mars 1993);

– pour les opérations secrètes ne concernant pas des sites qui relèvent du ministre de la défense, il est prévu (comme pour la troisième catégorie d'installations classées, évoquées précédemment) une obligation de porter à la connaissance du préfet les informations classifiées dont il convient d'assurer la confidentialité durant le déroulement des procédures et la réalisation de l'instruction du dossier ainsi que des analyses et des prélèvements nécessaires par des personnes habilitées au secret de la défense nationale (art. 9).

Au total, l'ensemble de ces dispositions prises pour permettre le respect du secret de défense dans les procédures relatives à l'urbanisme ou à l'environnement instaure un régime fortement dérogatoire aux obligations de publicité et de transparence qui gouvernent par ailleurs ces domaines. À tel point que l'on peut dire pour tous ces textes, ce que le professeur Roseline Letteron a pu écrire, à propos des seules règles relatives aux enquêtes publiques, à savoir qu'il y avait là *« une véritable négation du « droit à l'information ». Celui-ci n'est plus un droit subjectif de l'administré, mais un droit « octroyé » par l'administration, selon l'appréciation qu'elle fait de l'étendue du secret défense »* [122].

Secret et droits sociaux et syndicaux

Parmi les nouvelles libertés publiques fondamentales ayant connu un essor important à partir de la fin du XIX^e^ siècle et durant tout notre siècle, il faut citer les droits sociaux et syndicaux qui – absents de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 – ont été couronnés constitutionnellement par le préambule de la Constitution de 1946. Tant que l'exercice du secret demeurait essentiellement une affaire administrative réservé aux seuls services publics, son interaction avec la question syndicale et – plus généralement – le droit du travail, était faible. Mais l'extériorisation progressive de la pratique du secret en direction du monde de l'entreprise a rendu inévitable la confrontation entre les deux niveaux de préoccupation et ce, dès l'après-guerre. Sur la question délicate des relations entre habilitation et contrat de travail s'est greffée rapidement celle de la protection des droits des travailleurs et du droit syndical. Et le cadre européen, dans lequel apparaissent lentement les prémices d'une future « Europe sociale » crée de nouvelles contradictions potentielles.

Habilitation et contrat de travail

La pratique administrative en ce qui concerne l'habilitation du personnel des entreprises privées travaillant pour le compte de l'État dans des domaines classifiés est clairement résumée par les clauses contractuelles des différents CCAG (sur les clauses de secret dans les marchés publics,

[122] R. Leterron, *L'administré et le droit à l'information,* thèse, Paris X, 1987, p. 558.

cf. supra). L'article 6.35 du CCAG/Marchés industriels (CCAG/MI) dispose ainsi que

> *« La personne publique se réserve le droit d'agréer les préposés du titulaire ainsi que ceux de ses sous-traitants; elle peut également exiger à tout moment le remplacement de toute personne participant à l'exécution des prestations. La personne publique n'est pas tenue de faire connaître au titulaire les motifs de son refus d'agrément ou de sa décision de remplacement. Le titulaire déclare faire son affaire des litiges avec son personnel qui trouveraient leur source dans un refus d'agrément ou dans une décision de remplacement. »*

Ce texte donne une assise contractuelle à deux principes traditionnels en ce qui concerne les enquêtes d'habilitation effectuées au sujet de salariés appelés à travailler sur des informations secrètes :

– toute personne n'obtenant pas son habilitation doit être écartée de toute activité en relation avec des informations classifiées, l'employeur privé faisant son affaire des conséquences éventuelles de cette éviction (une mutation ou un éventuel licenciement, par exemple);

– le salarié en cause n'a aucun droit à connaître les motifs d'une éventuelle décision défavorable prise à l'issue de l'enquête le concernant.

Concernant l'impact d'un refus d'habilitation sur le statut juridique d'un salarié, les textes et la jurisprudence sont venus préciser les choses. Plusieurs textes de l'immédiat après-guerre ont cherché à conférer au ministre de la défense une compétence administrative en matière de licenciement de salariés travaillant dans des domaines classifiés. Un premier décret du 4 août 1949 [123] fut remplacé par le décret du 20 avril 1951 [124], qui fut lui-même abrogé en 1961 [125]. Le premier texte donnait au ministre le pouvoir d'ordonner à un établissement du secteur public (établissement public, entreprise nationale, société nationale, société d'économie mixte) le licenciement d'un salarié travaillant dans un domaine secret, sans avoir à fournir la moindre explication ni répondre à la moindre condition. Le décret de 1951 conserva intact ce pouvoir du ministre de faire « procéder au licenciement immédiat de toute personne employée à des fabrications ou études intéressant la défense nationale » (art. 4, al. 1) mais une telle décision devait, désormais, être prise sur avis conforme d'une commission – créée par l'article 2 de ce décret – chargée de se prononcer

> *« sur le licenciement de toute personne employée à des fabrications ou études intéressant la défense nationale et dont l'activité ou les agisse-*

---

[123] Décret n° 49-1129 du 4 août 1949 relatif au contrôle des établissements publics et sociétés nationales se livrant à des études ou fabrications comportant un secret de la défense nationale, *JORF*, 10 août 1949, p. 7910; Sur ce texte, cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, LGDJ, 1967, p. 389.

[124] Décret n° 51-479 du 20 avril 1951 instituant une commission supérieure de contrôle et de protection des fabrications et études intéressant la défense nationale, *JORF*, 27 avril 1951, p. 4256.

[125] Par le décret n° 61-479 du 18 avril 1961 portant abrogation du décret n° 51-479 du 20 avril 1951 instituant une commission supérieure de contrôle et de protection des fabrications et études intéressant la défense nationale, *JORF*, 17 mai 1961, p. 4472.

ments seraient de nature à compromettre l'efficacité de ces fabrications ou études. »

En liant le pouvoir du ministre à l'avis d'une commission dont le mandat était ainsi précisé, ce texte limitait quelque peu l'arbitraire total de celui de 1949, puisque, logiquement, seul un motif relatif au risque que le salarié pouvait faire courir aux travaux classifiés pouvait justifier son licenciement. C'est dans ce contexte, d'ailleurs, que le Conseil d'État rendit son célèbre arrêt *Coulon*, qui mît justement en œuvre un contrôle limité des motifs (fondé sur la jurisprudence *Barel*, mais fortement limité par l'impossibilité d'accès à des documents classifiés, cf. infra, chapitre 11) du licenciement d'un salarié de l'atelier de fabrication du Mans.

Une autre jurisprudence vint confirmer ce droit d'immixtion des impératifs de défense dans les relations du travail au sein du secteur public en considérant que ne constituait pas un renvoi abusif obligeant l'employeur au versement de dommages et intérêts le fait, pour une entreprise nationalisée travaillant pour la défense, de licencier un salarié à la suite de l'avis défavorable des services de sécurité en ce qui concernait son habilitation [126]. Et l'abrogation du décret de 1951 n'a pas fait disparaître l'application de cette règle : la presse s'est faite, par exemple, l'écho du licenciement par l'arsenal de Brest d'un salarié n'ayant pas obtenu son habilitation en raison de faits disciplinaires – amnistiés – survenus six ans auparavant durant son service national [127].

En ce qui concerne les entreprises privées travaillant pour la défense, il n'existe pas de textes donnant au ministre de la défense un pouvoir contraignant mais la jurisprudence a pris la même position que vis-à-vis du secteur public en considérant, à plusieurs reprises, que n'était pas abusif le fait, pour un employeur, de rompre le contrat de travail d'un salarié en raison d'une décision ministérielle refusant que celui-ci participe à des travaux couverts par le secret de défense [128]. La Cour d'Appel de Paris a également admis la légitimité du licenciement en précisant que seule l'autorité administrative est qualifiée pour *« apprécier les mesures propres à assurer le respect des intérêts supérieurs en cause »* et qu'*« il (...) n'appartient pas* (à l'entreprise) *d'apprécier la légalité »* d'une éventuelle interdiction de participation d'un salarié à un travail secret et à son accès dans des locaux protégés [129]. Mais cette reconnaissance du caractère légitime du licenciement dépend du respect d'un certain nombre de précautions. C'est ainsi qu'un employeur privé qui licencie un salarié, sur les recommandations du ministre de la défense, afin de l'éloigner d'un poste de travail en relation avec l'exécution d'un marché classé, ne rompt pas abusivement le contrat de travail, à la seule condition que l'effet de la recommandation ministérielle ne concerne que les activités classifiées et que l'employeur n'ait pas, à cette occasion, évincé le salarié d'autres

---

[126] Trib. civ. Aix, 30 mai 1952, Gazette du Palais, 1952.2.193.

[127] Cf. *Le Monde*, 16 août 1985; *Le Matin de Paris*, 16 août 1985; T.A. Rennes, 2 mars 1989, *Allamigeon.*

[128] Pour des décisions en ce sens, cf. deux décisions déjà citées précédemment : Cons. Prudh. Cherbourg, 14 novembre 1984, *Maheo c/ CMR*; Cons. Prudh. Cherbourg, 13 février 1985, *Deslandes c/ CMR* (non publiés).

[129] Cour d'Appel de Paris, 21e Ch., Sarl *Rubanox c./ Cothier*, 27 juin 1963, *D.*, 1964, p. 48.

activités non secrètes [130]. Le juge judiciaire a estimé, également, qu'une simple recommandation à caractère très général n'était pas suffisante en la matière pour justifier à elle seule un licenciement [131].

L'absence de motivation des décisions de refus d'habilitation n'est pas propre au seul cas des salariés de droit privé travaillant dans le cadre de marchés classés, elle est prévue par les instructions interministérielles et ministérielles sur la protection du secret de défense et repose sur l'application du second alinéa de l'article 4 de la loi du 11 juillet 1979 (cf. supra). Elle est, par ailleurs, renforcée par la pratique de la CADA qui – comme nous l'avons vu – considère que les avis de sécurité de la DPSD (sur lesquels se fondent le commandement pour accepter ou refuser l'habilitation) ne sont pas communicables (cf. supra). Pourtant, elle continue de soulever des controverses juridiques [132] et on a déjà signalé précédemment que le Conseil d'État se refuse toujours à apprécier concrètement la consistance et la validité du refus de motivation.

Protection du travailleur et droit syndical dans les activités couvertes par le secret de la défense nationale

Le travailleur amené à exercer son activité professionnelle dans un domaine couvert partiellement ou totalement par le secret de la défense nationale, peut se trouver confronter à des contraintes particulières par rapport au droit commun en matière de protection de ses droits au sein de l'entreprise.

Dès lors, la pratique administrative et la jurisprudence cherchent à établir un compromis permanent entre les intérêts contradictoires du droit social et de la protection du secret.

S'agissant des droits individuels des salariés, on peut, notamment relever que la jurisprudence administrative a validé – à l'occasion des révocations qui ont suivies l'affaire Ben Barka – la possibilité pour le statut des agents du SDECE de déroger aux règles de droit commun régissant la fonction publique, en particulier en ce qu'il prévoit une procédure disciplinaire comportant la consultation d'un comité de direction dont la composition n'est pas paritaire [133].

Dans une affaire ultérieure (liée à des révocations intervenues suite aux remous de l'affaire Markovic), le Conseil d'État a également reconnu que le fait pour une personne de ne pouvoir faire valoir l'ensemble de ses droits en raison du caractère confidentiel de ses activités pouvait ouvrir droit à compensation financière dans le cadre de la responsabilité de l'administration. Il s'agit d'un arrêt *Sentenac* rendu par le Conseil d'État en 1976 [134]. M. Sentenac, officier de l'armée de l'air, qui avait été en poste au SDECE – ayant fait l'objet d'une mutation disciplinaire, dont

---

[130] Trib. Civ. Seine, 15 octobre 1956, *JCP*, 1956.II.9662.

[131] Trib. Civ. Seine, 7e Ch., 11 février 1956, *JCP*, 1956.II.9317, note de Font-Réaulx.

[132] À propos de la non-motivation des refus d'habilitation dans le cadre des marchés classés (cf. supra) : *« Le refus d'agréer des personnes physiques n'est pas motivé. Il n'est pas certain que cette stipulation soit toujours conforme à la loi du 11 juillet 1979. »* (*Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, mai 1993, IV.200.3, p. 13).

[133] CE, 21 juin 1972, *Sieur Le Roy*, *AJDA*, février 1973, II.95-96.

[134] CE, 13 octobre 1976, *Sentenac*.

il avait obtenu précédemment l'annulation – demandait au Conseil d'État une réparation financière à différents titres en compensation des préjudices subis. Dans sa décision, le Conseil traita, notamment, deux moyens particuliers soulevés par le requérant :

– il refusa de donner suite à la demande de réparation formulée sur la base d'une note de la direction du SDECE enjoignant aux anciens collègues de M. Sentenac de s'abstenir de tout contact avec lui, car cette mesure

> *« d'ailleurs rapportée ultérieurement, doit être regardée comme répondant aux nécessités du service compte tenu de la nature particulière des missions confiées au SDECE »;*

– en revanche, il accepta d'indemniser le préjudice subi par M. Sentenac du fait de *« publications diffamatoires »* ayant circulé au sein du SDECE et à l'extérieur, car

> *« en raison de l'impossibilité où il était de se justifier, alors que le sieur Sentenac était obligé de respecter le secret de la défense nationale, ces agissements sont constitutifs de fautes de nature à engager la responsabilité de l'État »*;

– de même, le juge administratif accepta – au titre de la responsabilité sans faute – d'engager la responsabilité de l'État pour ne pas avoir défendu Sentenac face aux attaques dont il avait été l'objet dans la presse. En effet, le Conseil estima que si

> *« le ministre pouvait légalement, compte tenu de la nature particulière des missions de ce service, refuser de donner suite à la demande de protection qui lui avait été adressée (...) toutefois le sieur Sentenac est fondé à invoquer l'obligation de réparer le dommage résultant de ces diffamations et de ces attaques qui, même en l'absence de faute, incombe à l'État en vertu de la disposition législative précitée »* [135].

S'agissant des droits collectifs des salariés, la jurisprudence a également accepté certaines restrictions dès lors qu'elles paraissaient liées à l'exercice de missions de défense ou de sécurité. C'est ainsi, notamment que dans un arrêt de 1966, le Conseil d'État a estimé qu'un organisme comme le groupement des contrôles radioélectriques (GCR, service d'écoutes rattaché ultérieurement au SDECE) pouvait légitimement limiter le droit de grève de ses fonctionnaires parce que son activité est essentielle à la sécurité nationale [136].

Mais, suite à l'absorption de ce même GCR par le SDECE en 1973, le régime des droits sociaux y fut durci, puisque ses agents, jusqu'alors dépendants des services du Premier ministre, perdirent l'usage de leurs

---

[135] En l'espèce, il s'agissait de l'article 24 de la loi du 31 juillet 1972 portant statut des militaires qui prévoit la protection des militaires par l'État et l'obligation qui lui est faite de réparer le préjudice qui pourrait être subi du fait des *« menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de leurs fonctions »*. Dans cet arrêt, le Conseil précisa que cette disposition législative crée, à la charge de l'État, *« une obligation de protection à laquelle il ne peut être dérogé, sous le contrôle du juge, que pour des motifs d'intérêt général »* (CE, Sentenac, *op. cit.*).

[136] CE, 4 février 1966, *Syndicat national des Fonctionnaires et Agents des contrôles Radioélectriques, Sieurs Paul et Longin.*

droits syndicaux, en raison du statut particulier du SDECE rattaché au ministre de la défense [137].

La même question de la compatibilité entre l'exercice du droit syndical et l'activité de certains services secrets se posa, dix ans après, avec plus d'acuité et des prolongements juridictionnels importants en Grande-Bretagne. À la suite de la découverte de la trahison de Geoffrey Prime, employé au GCHQ (le centre d'écoutes et de renseignement électronique du Gouvernement britannique), le Gouvernement conservateur de M^me^ M. Thatcher décida, en effet, en 1984 de suspendre le droit syndical dans cet organisme très sensible et de soustraire les conflits du travail pouvant y naître à la juridiction de droit commun en la matière (l'*Industrial Tribunal*) [138].

Le Gouvernement britannique s'appuyait – notamment – pour ce faire, sur une disposition de la loi sur la protection du travail *(Employment Protection Act)* qui donne le pouvoir au ministre de certifier *« qu'un emploi spécifiquement décrit dans le certificat, ou que l'emploi d'une personne particulière spécifiée de la même façon, doit être exempté des* (protections données aux personnes travaillant pour la Couronne) *pour des raisons de sauvegarde de la sécurité nationale »* [139].

Cette décision fut d'abord censurée par la justice en première instance (pour défaut de consultation préalable des syndicats) [140] puis confirmée par la Cour d'Appel qui estima, notamment que

> *« les actions entreprises par le Gouvernement concernant l'adhésion syndicale au GCHQ étaient, sans ambiguïtés possibles, des actions prises sur le fondement de la sécurité nationale. Selon les principes de l'administration, les ministres étaient seuls juges de ce que la sécurité nationale exigeait et, en conséquence, l'instruction et les circulaires n'étaient pas soumises à contrôle judiciaire. D'après différentes décisions et jugements, il existe bien des domaines où le tribunal serait autorisé à contrôler l'exercice des Prérogatives Royales, mais il y aurait certainement d'autres domaines où une telle investigation ne serait pas permise. Relève de ce dernier cas, toute action entreprise dans le cadre des Prérogatives Royales, dont on peut affirmer, sans se tromper, qu'elle a été prise dans l'intérêt de la sécurité nationale pour protéger ce pays contre ses ennemis ou ses ennemis potentiels. Tel était bien le cas en l'espèce. »* [141]

La Chambre des Lords, saisie en réformation de cette décision d'appel, la confirma sur le fond en considérant que, même si le Gouvernement avait failli en n'engageant pas les pourparlers usuels avec les syndicats avant

---

[137] Il s'ensuivit d'ailleurs un drame personnel et le suicide de l'un des cadres de l'antenne du GCR à Berlin (Cf. Roger Faligot & Pascal Krop, *La Piscine – Les services secrets français, 1944-1984*, Le Seuil, 1985, p. 321).

[138] Cf. Gillian S. Morris, « The Ban on Trade Unions at Government Communications Headquarters », *Public Law*, été 1985, pp. 177 à 186.

[139] Employment Protection Act 1975, subsection 121(4) et Employment Protection (Consolidation) Act 1978, subsection 138(4).

[140] Cf. *The Times*, 16 juillet 1984.

[141] Court of Appeal, Regina v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and Another, Ex parte the Council of Civil Service Unions and Others, 6 août 1984, (1984) IRLR 353 (reproduit in *The Times*, 7 août 1984).

de prendre sa décision, il pouvait se justifier par des raisons de sécurité nationale que la justice n'avait pas à contester, dès lors qu'il les invoquait et qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables d'en douter [142].

En France – mis à part les cas particuliers des forces armées et de la DGSE (dont le statut des personnels exclut toute forme de représentation syndicale) – le droit syndical n'a jamais été gravement remis en cause dans les autres organismes ou entreprises travaillant pour la défense nationale. Tout au plus, a-t-on noté régulièrement quelques problèmes de refus d'habilitation de membres du personnel exerçant des fonctions syndicales, et plus particulièrement au sein de la CGT (syndicat très représenté dans les industries d'armement et les établissements de la DGA et dont les liens avec le Parti communiste faisaient craindre – dans le contexte Est-Ouest – de possibles vulnérabilités). D'où différentes prises de position à ce sujet de représentants communistes ou de cadres de la CGT [143].

Lors de l'adoption des lois dites *« lois Auroux »* modifiant le Code du travail, le Gouvernement a veillé à ce que figurent dans chacune d'entre elles une disposition précisant que *« les dispositions (...) du Code du travail ne font pas obstacle aux dispositions législatives et réglementaires sur la protection du secret des informations intéressant la défense nationale »* [144].

Dans ce cadre, les autorités gouvernementales ont notamment décidé, concernant le problème délicat de l'accès des représentants syndicaux aux locaux protégés (dans lesquels se trouvent des informations classifiées), que ces représentants ne feraient pas l'objet de la procédure classique d'habilitation mais bénéficieraient simplement d'un droit de visite aménagé, comportant notamment un préavis de déclenchement et l'accompagnement obligatoire par le responsable de sécurité.

---

[142] Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1984] 3 *WLR* 1174. Pour un commentaire, cf. Simon Lee, « GCHQ : Prerogative and Public Law Principles », *Public Law*, été 1985, pp. 186 à 193.

[143] À titre d'exemples : Question écrite n° 32165 du 2 novembre 1987 de M. Michel Peyret, *Assemblée nationale*, 14 décembre 1987, p. 6778 (à propos de refus d'habilitation au Centre de rectification des images spatiales du CNES-IGN à Toulouse); Question écrite n° 37572 du 7 mars 1988 de M. Michel Peyret, *Assemblée nationale*, 4 avril 1988, p. 1442 (à propos d'un refus d'habilitation dans une société de sous-traitance et d'intérim travaillant dans le secteur aéronautique); « La CGT demande la réintégration d'un salarié licencié pour refus d'habilitation secret défense », *AFP*, 3 septembre 1991.

[144] Article 42 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; article 10 de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.